Mantelgründung und Mantelkauf bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Johannes Bulang

Gerichtsreferendar aus Bojanowo (Posen)

Marburg 1935

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 14. Juni 1934.

Berichterstatter:
Prof. Dr. Walther Merk.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554410_0040

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Die wirtschaftliche Entwicklung der AG und GmbH, deren Errichtung nach HGB und GmbHG. Der Begriff des Gesellschaftsmantels 1

B. Mantelgründung und Mantelkauf bei AG und GmbH 2

I. Die Mantelgründung 2

1. Dem Begriff nach Gründung einer AG oder GmbH, wobei der Gegenstand des Unternehmens nicht verwirklicht wird 2

2. Zweck und wirtschaftliche Bedeutung: Sie soll später einem anderen Unternehmen als Hülle dienen. Für dieses fällt dadurch die Gründung einer neuen Gesellschaft fort 2

3. Rechtliche Behandlung: Gesellschaftsvertrag nichtig, weil Angabe des Gegenstandes des Unternehmens unwahr, § 117 Abs. 1 BGB. Bei Kenntnis der Scheingründung Richter zur Ablehnung des Eintragungsantrages verpflichtet; gegen eingetragene Gesellschaft §§ 144 FGG, 75 GmbHG, 309 HGB 3

II. Mantelkauf 4

1. Begriff, Zweck, Bedeutung, Zulässigkeit: 4

a) Erwerb aller Aktien einer AG oder aller Geschäftsanteile einer GmbH in der Absicht, gegebenenfalls durch Satzungsänderung die Form der Gesellschaft für ein anderes Unternehmen zu verwenden. — Grenzfragen 4

b) Zweck: Begründung oder Fortführung eines Unternehmens in der Form der AG oder GmbH 6

c) Wirtschaftliche Bedeutung: Vermeidung der Gründungsförmlichkeiten, Zeit- und Kostenersparnis, Möglichkeit der Begründung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in Gestalt der GmbH. Nicht mehr von Bedeutung: Ersparung der Gründungssteuer, Gründung von GmbH mit geringem Kapital, Erlangung des Depotrechts 6

d) Rechtliche Zulässigkeit: Die Fälle des § 42 II. DV z. GBV, 23 HGB. Nach KG Kauf des Mantels einer AG stets unzulässig, des Mantels einer GmbH, wenn Herbeiführung der Haftungsbeschränkung für ein einzelkaufmännisches Unternehmen bezweckt. Dagegen fast alle Schriftsteller, die Stellung genommen, und OLG Dresden. Eigene Ansicht: Mantelkauf grundsätzlich zulässig 8

2. Haftungsfragen: 16

a) Haftung des mit dem Mantel versehenen Unternehmens für die Schulden des erloschenen begründet

Seite

nicht aus §§ 25 HGB, 419 BGB, sondern aus dem unveränderten Fortbestand der Ges. als Rechtspersönlichkeit. — Dafür Ausgleichsanspruch der Mantelkäufer gegen die Verkäufer. Versuche der Begründung der Haftung aus §§ 437, 459 BGB. Haftung herzuleiten aus Garantievertrag 16

b) Der Mantel (AG oder GmbH) haftet für Schulden des neuen Unternehmens 22

c) Haftung der Mantelverkäufer für Schulden des neuen Unternehmens aus §§ 220 Abs. 1 HGB, 22 u. U. 24 GmbHG. Hachenburg/Staub. Auch bei Organgesellschaft. — Deren Begriff und Zulässigkeit. — Haftung ausgeschlossen: 22

aa) Nach Ausschlußfrist von fünf Jahren, ... 28

bb) Einreden? Wenn Mantelverkäufer verabredungsgemäß Schulden des Mantels bezahlt und sie trotz Zusicherung der Nichtinanspruchnahme seitens der Mantelkäufer von der Gesellschaft zur Zahlung der Einlagen herangezogen werden, so exc. doli gegen die Organgesellschaft. Gründe. § 24 GmbHG steht nicht entgegen; exc. auch dem Konkursverwalter gegenüber 29

d) Im Falle c). bb) keine Aufrechnung der Mantelverkäufer gegenüber Gesellschaft; wohl aber § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB und bei Unkenntnis der Mantelverkäufer von der Unmöglichkeit der Leistung der Käufer: condictio causa data, causa non secuta; §§ 683, 670 BGB und 32

e) § 826, nicht §§ 307 Abs. 1, 2 und 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen die Käufer 35

3. Steuerrechtliche Behandlung des Mantelkaufs 37

a) Besteuerung der regelmäßigen Gesellschaftsgründung 37

b) Stellung des RFH — Mitropafall und heutige Ansicht — dagegen Becker 37

c) Ableitung der Steuerpflicht aus §§ 4, 5 RAO in Verb. mit § 6a Kapverkstges. v. 22. 5. 31. § 5 lex spec. jedoch nur gegeben, wenn Steuerumgehungsabsicht festgestellt. Anderenfalls § 6b Kapverkstges. 39

C. Auch heute an Zulässigkeit des Mantelkaufs festzuhalten, Vorschlag für gesetzgeberische Behandlung 42

Schrifttum.

Becher: Der Handel mit Aktienmänteln und GmbHMänteln, ZBH 27. S. 163.

Becker: Mängel der GmbH-Novelle v. 28. 6. 26. i. ZBH 28. S. 2 f.

— Die Reichsabgabenordnung, Komm. 1930.

— Steuerumgehung. Insbesondere Umgehung der Gesellschaftssteuer durch Erwerb der Rechtsform einer abgestorbenen Gesellschaft. Steuer und Wirtschaft (StuW) 26. S. 1527 f.

— Vorsicht bei der Anwendung des § 5 RAO i. StuW 25. Sp. 681.

— Können für die Körperschaftssteuer Darlehn, die einer GmbH von ihren Gesellschaften oder von Dritten gewährt sind, u. U. als Stammeinlage behandelt werden? In StuW 25. Sp. 1351.

— Zur Urteil des RFH vom 27. 11. 28. i. StuW 1929 Sp. 408.

Bing: Gründung der AG unter „Die Aktienreform". Zu den Fragebogen des RJMin. i. DJZ 1929 S. 1022.

Brand: Das HGB mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Breit: Komm. zur Goldbilanzverordnung und den Durchführungsvo. II. Bd. 1925.

— Zum KGBeschl. v. 18. 12. 24. i. Jur.Woch. 25. S. 635.

Brodmann: Aktienrecht, Gewerbe- und Industriekomm. 1928.

— Das Gesetz betr. die GmbH. Berlin 1924.

Byk: Zum Beschl. des KG v. 3. 7. 24. Jur.Woch. S. 1535.

Crisolli: Scheingründungen und Mantelverwertung. Jur.Woch. 1934 S. 936 f.

Crüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betr. die GmbH. Berlin 1922.

Düringer-Hachenburg: Komm. z. HGB III. Bd. 1908.

Düringer: Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren. DJZ 1905 Sp. 374.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. 2. Hälfte 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd. 1930.

Erlinghagen: Der sog. Verkauf der Form einer AG. JurWoch. 1920 S. 549 f.

Feine: Die GmbH, i. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. III. Bd. 3. Abt. 1929.

Flechtheim: Die rechtliche Organisation der Kartelle 1926.

Friedländer: Besprechung von Hamburgers „Organgesellschaft" i. Jur. Woch. 1928 S. 1550.

— Die Einmanngesellschaft. ZBH 1926 S. 22 f.

— Konzernrecht, Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassung. Berlin und Leipzig 1927.

Fuchs, Ernst: Zum Urteil des RG v. 9. 3. 28. Jur.Woch. 28 S. 1584.

Fuchs, Johannes: Mantelkauf und GmbH-Novelle in Recht und Handel,

Monatsschrift aus der Praxis für Handel, Industrie und Verkehr 1927. S. 382 f.

Fuld: Der Erwerb des Mantels einer GmbH i. ZBH 1926 S. 206.

Gierke, Julius von: Handels- und Schiffahrtsrecht 1929.

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht III. Bd. Schuldverhältnisse in Bindings Handb. der Deutschen Rechtswissenschaft II. 3. III. 1917.

Hachenburg: Komm. z. Ges. betr. die GmbH I. Bd. Berlin 1926.

— Zum Beschl. des KG v. 3. 7. 24. Jur.Woch. 24. S. 1536 f.

— Zum Urteil des RG v. 26. 5. 22. Jur.Woch. 22 S. 1520.

Hamburger: Die Organgesellschaft i. Gedächtnisschrift für Emil Seckel S. 261 f. i. Abhandlungen aus der Berliner Jurist. Fakultät 1927.

— Die Anwaltschaft zur Aktienreform. ZBH 1930. S. 52.

Hamburger, Max: Treu und Glauben im Verkehr 1930.

Haussmann: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. 1926.

— Die Tochtergesellschaft. 1923.

Jaeger: Komm. z. Konkursordnung und den Einführungsges. I. Bd. 1931.

Liebmann-Saenger: Komm. z. GmbHG. Berlin 1927.

Liffschütz: Der Fragebogen zur Aktienrechtsreform. ZBH 1929 S. 135.

Makower: Komm. z. HGB. Berlin 1906/07.

Merk, Walther: Reichsgericht und Steuerrecht i. Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Festgabe der Jurist. Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des RG. IV. Bd. 1929.

Molitor: Bestellung zum Vorstandsmitglied einer AG, ihre Voraussetzungen und Folgen. Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Viktor Ehrenberg zum 30. 3. 26. 1927.

Neukamp: Finden auf den Verkauf von Inhaberaktien die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB, 377, 378 HGB oder diejenigen der 437, 438, 195 BGB Anwendung? In Holdh. Monatsschr. f. Handelsr. und Bankwesen 1905 S. 1 f.

Neukirch: Zum Urteil des RG v. 15. 2. 29. i. Jur.Woch. 1929 S. 1374.

Oertmann: Komm. z. BGB und seinen Nebenges. Recht der Schuldverhältnisse 1928/29.

Planck: Komm. z. BGB nebst EG II. Bd. 1. Hälfte 1914.

Reichsgerichtsräte: Komm. z. BGB II. Bd. Berlin und Leipzig 1928.

Ring-Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaften. Berlin 1929.

Rosendorff: Die rechtliche Organisation der Konzerne. Berlin 1927.

Roth: Zum Urteil des RG v. 9. 3. 28. Jur.Woch. 28. S. 1392 f.

Staub-Bondi: Komm. z. HGB I. Bd. 1926.

Staub-Pinner: Komm. z. HGB II. Bd. 1926 und 1933.

Staub-Hachenburg: Komm. z. GmbH 4. Aufl. Berlin 1913.

Staub: Komm. z. Wechselordnung 1929.

Strutz: Handbuch des Steuerrechts 1927.

Wrzeszinski: Zum Urteil des RFH v. 23. 7. 26. Jur.Woch. 1926 S. 1440.

Entscheidungen des RG i. RGZ, Holdh. Monatsschr. für Handelsrecht, DJZ, Höchstr. Rechtsprechung und Recht.

Entscheidungen des RG i. RGSt.

Beschlüsse des KG und der OLG in Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Jur.Woch., Höchstr. Rechtsprechung, Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

Entscheidungen des RFH in der Sammlung der Entscheidungen und Steuer und Wirtschaft.

Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts hat mit dem Anwachsen der Unternehmertätigkeit ein immer steigender Teil aller wirtschaftlichen Unternehmungen für seine Betriebe die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) und nach dem Inkrafttreten des Gesetzes betr. die Gesellschaften mbH vom $\frac{20.4.1892}{20.5.1898}$ die der GmbH gewählt[1]). Zwei Vorteile, die die Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH gegenüber dem einzelkaufmännischen Unternehmen bieten, sind hierfür ausschlaggebend gewesen: Einmal die Möglichkeit der Ansammlung von großen Kapitalmengen in der Hand weniger Personen, sodann die Möglichkeit, die Haftung auf das Geschäftsvermögen des Unternehmers beschränken zu können. Der Weg, der zur Gründung der beiden genannten kapitalistischen Gesellschaftsformen führt, ist gesetzlich festgelegt.

Die für die Entstehung einer AG maßgebenden Vorschriften enthalten die §§ 182 ff. HGB. Die Bestimmungen für die Gründung der GmbH finden sich in den §§ 2 ff. des Gesetzes betr. die GmbH.

Nach der Entwertungszeit sind kaufmännische Unternehmungen kapitalistischer Gesellschaftsform ins Leben getreten, ohne daß sich der Hergang der Gründungen in den bisher gewohnten, gesetzlichen Bahnen vollzog. Es handelt sich um die sogenannten Mantelkäufe und die Mantelgründungen. Unter dem Mantel einer AG oder GmbH ist die durch die Geschäftsanteile oder Aktien verkörperte äußere Rechtsform einer als juristische Person bestehenden Kapitalgesellschaft (AG oder GmbH) zu verstehen[2]). Der Mantelkauf hat einen Gesellschaftsmantel zum Gegenstand, die Mantelgründung dessen Bildung zum Ziel. Lediglich in Entscheidungen und in Teilfragen behandelnden Aufsätzen ist auf den Mantelkauf und die Mantelgründung hingewiesen worden. Eine systematische Zusammenstellung aller diese Begriffe berührenden Fragen fehlt bisher. Sie soll die Aufgabe vorliegender Arbeit sein.

---

[1]) Im deutschen Reich 1909: 5222 AG und AKommG,
1921: 1132
1922: 3059 Neugründungen, vgl. Hausmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen 1926 S. 10.
1909: 16 508 GmbH
1913: 24 611 GmbH
1920: 33 823 GmbH
1922: 59 224 GmbH
1925: mehr als 64 000; vgl. Liebmann-Saenger Komm. z. GmbHG 1927 S. 16/17.

[2]) So auch KGBeschluß vom 23. 6. 1932 in Höchstr. Rchtspr. 30 Nr. 833, jedoch mit der Einschränkung, daß es sich um eine Kapitalgesellschaft handeln müsse, die in Ermangelung eines von ihr noch betriebenen Unternehmens und in Ermangelung eines zur Wiederaufnahme dieses oder eines anderen Betriebes ausreichenden Vermögens keine wirtschaftliche Bedeutung mehr hat. Wie noch nachgewiesen werden wird, gibt es auch Fälle, in welchen Gesellschaften von der Errichtung an nur der Rechtsform nach bestehen, vgl. Mantelgründung.

Von dem gesetzlichen Gründungshergang einer AG oder GmbH unterscheidet sich rein äußerlich gesehen, die Mantelgründung nicht. Dennoch ist sie etwas Ungewöhnliches, insofern nämlich, als das Unternehmen, für das die Gesellschaft gegründet ist, nach den in der Satzung festgelegten Grundsätzen nicht betrieben wird. Es wird also z. B. gemäß den gesetzlichen Erfordernissen zur Gründung einer GmbH oder AG geschritten und insbesondere in der Gesellschaftssatzung auch ein Geschäftsbetrieb angegeben; dieser wird in Wirklichkeit jedoch nicht durchgeführt, sodaß die Gesellschaft nur als leere Rechtsform besteht. Ob das Unternehmen überhaupt in Gang kommt oder durch nachfolgende Satzungsänderung ein anderer Gegenstand zur Grundlage des Geschäfts gemacht wird, spielt zunächst keine Rolle.

Unter einer Mantelgründung kann man daher die unter Beachtung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften erfolgte Gründung einer AG oder GmbH verstehen, wobei der in der Satzung angegebene Gegenstand des Unternehmens gemäß dem Willen der Gründer nicht verwirklicht wird [3]).

Dies ist der vom Schrifttum gegebene Begriff. Ich möchte an ihm festhalten; denn mögen auch im Falle, daß die Gesellschaft ihren Betrieb nicht aufnimmt — im Gegensatz zu der Gründung einer Gesellschaft, die praktisch sogleich ins Leben tritt — eine Reihe weiterer Satzungsbestimmungen auf dem Papier stehen, so ist doch die unwahre vorgegebene Bezeichnung des Gegenstands des Unternehmens allein entscheidend. Weder Firma noch Sitz noch die Höhe des Grund- oder Stammkapitals prägen der Gesellschaft den Stempel auf, sondern der sachliche Geschäftsbetrieb, der Gegenstand des Unternehmens.

Aus dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung der Mantelgründung wird der merkwürdige Vorgang verständlich. Wie die Begriffsbestimmung der Mantelgründung ergibt, liegt es in der Absicht der Gründer, den angegebenen Geschäftsbetrieb nicht zu verwirklichen.

Die Mantelgründung muß daher einen anderen Zweck haben. Er besteht in Folgendem: Durch Eintragung in das Handelsregister soll das Dasein einer AG oder GmbH erlangt werden und durch den Verkauf der Aktien bei der AG oder der Geschäftsanteile bei der GmbH zu einem Preise, der mindestens die Gründungsunkosten deckt, soll die leere Rechtsform möglicherweise mit Hilfe einer später notwendig werdenden Satzungsänderung einem anderen Unternehmen als Mantel, als Hülle, dienen [4]). Das kann in der Art geschehen, daß Kaufleute den Mantel für ein neu zu gründendes oder für ein bereits bestehendes Geschäft erwerben. In welcher Weise die Umwandlung sich vollzieht, wird beim Mantelkauf näher dargelegt werden.

Von einer unmittelbaren wirtschaftlichen Bedeutung der Mantelgründung kann nicht gesprochen werden; denn der Gesellschaftsmantel ist auf Vorrat gegründet, ein totes Gebilde, eine leere Rechtsform, die darauf wartet, für ein anderes Unternehmen verwandt zu werden [5]).

---

[3]) Staub-Pinner Komm. z. HGB II 1926 § 182 Anm. 39; Friedländer, Konzernrecht 1927 S. 127; Feine: die GmbH in Ehrenbergs Hdb. d. ges. Handelsr. III 3. Abt. 1929 S. 151; Gierke, J. v. Handels- u. Schiffahrtsr. 1929 S. 294 KGBeschl. vom 5. 4. 23 in JFG 1 S. 200 = OLGR 43 S. 296; Breit, James Komm. z. GoldbilanzVO .. II 1925 S. 395.

[4]) vgl. KGBeschl. v. 2. 10. 24 Ztschr. d. dtsch. Not. Vereins 25 S. 43.

[5]) vgl. Nachweise zu 3) S. 2.

Mantelgründungen erfolgten seit den gesetzlichen Erhöhungen des vorgeschriebenen Mindestbetrages des Stammkapitals bei Gesellschaften mbH infolge des Währungsverfalls vielfach vor Erhöhung der Kapitalverkehrssteuern, um die Gründung noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes vornehmen zu können [6]). Wirtschaftliche Bedeutung erlangten sie durch Aufnahme des Betriebes oder bei einem späteren Verkauf des Mantels. Die Veräußerung des Mantels, die sich durch Verkauf der Aktien oder Geschäftsanteile vollzieht, bildet insofern eine Erleichterung im Wirtschaftsverkehr, als Kosten und Zeit erspart werden und der besonders bei der AG durch die vom Gesetz geforderten fünf Gründer schwerfällige und zeitraubende Gründungsvorgang wegfällt, da die AG, die Rechtspersönlichkeit, bereits vorhanden ist [7]). Die gleiche Rechtslage ergibt sich für die GmbH. Der Wechsel der Inhaber der Aktien oder Geschäftsanteile hat auf den Bestand der Gesellschaft selbst dann keinen Einfluß, wenn eine Vereinigung sämtlicher Anteile in einer Person erfolgt [8]). Diese Bedeutung kann den Mantelgründungen, vorausgesetzt, daß die Mantelgründung in das Handelsregister eingetragen worden ist, auch heute noch nicht abgesprochen werden. Denn sind die Gesellschaften, deren Betrieb zunächst nicht aufgenommen werden soll, eingetragen und damit entstanden, so steht dem Verkauf sämtlicher Aktien oder sämtlicher Geschäftsanteile nichts im Wege.

Über die rechtliche Behandlung der Mantelgründungen besteht sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtslehre kein Streit. Die Mantelgründung ist nichtig. Die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens im Gesellschaftsvertrage entspricht, wenn der Geschäftsbetrieb nicht aufgenommen werden soll, nicht den tatsächlichen Verhältnissen, ist also unwahr und bezweckt, da die Gründer von vornherein beabsichtigen, den im Gesellschaftsvertrage angegebenen Geschäftsbetrieb nicht zu verwirklichen, überdies eine Täuschung. Nach § 117 Abs. 1 BGB ist die Erklärung über diesen Teil des Gesellschaftsvertrages nichtig. Ist damit der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig? Er wäre gültig, wenn auch ohne Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens die Gesellschaft eingetragen werden könnte. Nach § 3 Abs. 2 Ziff. 2 GmbHG und § 182 Abs. 1 Ziffer 2 HGB bildet jedoch der Gegenstand des Unternehmens einen wesentlichen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages. Sein Fehlen bewirkt also nach der Regel des § 139 BGB die Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Die Nichtigkeit würde aber auch dann, wenn sie sich auf die mangelnde Bestimmung des Gegenstandes gründet, die Eintragung der Gesellschaft und damit deren Entstehung hindern; denn nach § 198 Abs. 2 HGB muß der Gegenstand des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen werden. Kann das infolge Nichtigkeit nicht geschehen, so ist auch die Eintragung der Gesellschaft nicht möglich [9]). Die Mantelgründung ist daher als unzulässig anzusehen [10]).

Demnach ist bei Kenntnis des Mangels oder bei begründetem Zweifel der Richter zur Ablehnung der Eintragung verpflichtet, weil er einer der Wahrheit nicht entsprechenden Tatsache von rechtlicher Bedeutung

---

[6]) Feine bei Ehrenberg III, 3 S. 436; Staub II a. a. O.

[7]) vgl. Nachweise zu 3) S. 2.

[8]) Hachenburg Komm. z. GmbHG 1926 S. 277; ders. in Jur.Woch. 24 S. 1520; Friedländer, die Einmanngesellschaft i. ZBH 26 S. 22 folg.; RG 98 S. 289; 92 S. 77, insbes. S. 84/5; 68 S. 172, insbes. S. 174.

[9]) KGBeschl. vom 5. 4. 23 JFG 1 S. 200.

[10]) vgl. Nachweise zu 3) S. 2 sowie Brodmann Aktienrecht Komm. 1928 S. 18; KGBeschl. v. 2. 10. 24 a. a. O.; OLG 43 S. 297.

durch Eintragung in das Handelsregister, einem öffentlichen Register, nicht den Anschein des Bestehens und der Rechtmäßigkeit verschaffen darf [11]). Bei bloßem Verdacht, es könnte sich bei der Eintragung um eine Mantelgründung handeln, ist der Richter zur Ablehnung des Eintragungsantrages nicht befugt [12]). Er darf aber die Eintragung nicht deshalb ablehnen, weil die Gesellschaft der Handelskammer Aufklärung zu verschaffen ablehnt, er hat nach § 12 FGG selbständig den Sachverhalt zu ermitteln [13]).

Gegen die nur der Form nach bestehende und dennoch eingetragene AG oder GmbH ist das geltende Recht nicht machtlos. § 144 Abs. 1 FGG enthält die Bestimmung, daß eine AG als nichtig zu löschen ist, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Nichtigkeitsklage nach §§ 309, 310 HGB erhoben werden kann. § 309 HGB gewährt jedem Gesellschafter und jedem Mitglied des Aufsichtsrats und des Vorstandes die Nichtigkeitsklage, wenn eine der im § 182 Abs. 2 HGB aufgeführten wesentlichen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage fehlt oder nichtig ist. Die entsprechende Bestimmung für die GmbH findet sich in § 75 GmbHG. Unter die Vorschriften der §§ 182 Abs. 2 HGB und § 75 GmbHG fällt die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens im Gesellschaftsvertrage. Wird also gerichtsbekannt, daß eine Gesellschaft, die eingetragen ist, nur als Mantelgründung besteht, so ist sie von Amts wegen zu löschen, ohne daß die AG oder GmbH selbst durch ihre Organe ein Widerspruchsrecht hätten.

II.

Was unter einem Mantelkauf zu verstehen ist, mögen folgende Beispiele erläutern.

Ein Kaufmann oder mehrere Kaufleute erwerben die Aktien oder Geschäftsanteile einer Mantelgründung für ein schon bestehendes oder noch zu gründendes Unternehmen. Da dieses der Herstellung von Maschinen dient oder dienen soll, in der Satzung der Mantelgesellschaft aber als Gegenstand des Unternehmens „Ausfuhrhandel" angegeben ist, muß der Mantel an dem neuen Unternehmen angepaßt werden. Dies geschieht durch eine entsprechende Satzungsänderung.

Eine andere Art des Mantelkaufs begegnet im folgenden Beispiel: Eine GmbH, die der Erzeugung von Glaswaren dient und deren Geschäftsanteile sich in den Händen weniger Gesellschafter befinden, stellt infolge mangelnder Aufträge ihren Betrieb nach und nach ein. Um die bestehenden Schulden zu decken, werden Herstellungsapparat und Grundstücke der Gesellschaft veräußert, sodaß alle aktiven Vermögenswerte der Gesellschaft entweder verschwunden oder bis auf einen kleinen Teil herabgesunken sind. Zur Löschung der Gesellschaft im Handelsregister wird aus irgendeinem Grunde nicht geschritten. Die Gesellschaft besteht lediglich in ihrer Rechtsform als eine leere Hülle ohne jede wirtschaftliche Bedeutung weiter. Die Gesellschafter veräußern auf ein Angebot hin gemeinschaftlich sämtliche Anteile an einen oder mehrere interessierte Dritte. Diese führen den eingeschlafenen satzungsmäßigen Erwerbszweig der Gesellschaft nicht fort, sondern ändern die Satzung, insbesondere den Gegenstand des Unternehmens, nach Bedarf

[11]) KGBeschl. vom 5. 4. 23 JFG 1 S. 201.
[12]) Feine a. a. O. S. 151.
[13]) OLG 43 S. 296; Recht Nr. 1029.

auch die Firma. Von den neuen Gesellschaftern wird die Herstellung von Kraftwagen betrieben. Wirtschaftlich entsteht ebenso wie im ersten Beispiele unter der Rechtsform immer derselben Gesellschaft ein völlig neues Unternehmen, das mit dem ursprünglichen nur die Form, das rechtliche Gerippe, die juristische Persönlichkeit gemeinsam hat. Die juristische Person hat ihren Erwerbszweig geändert wie eine natürliche ihr Handwerk.

Hiernach kann man den Begriff des Mantelkaufs wie folgt bestimmen. Mantelkauf ist der Erwerb aller Aktien einer AG oder aller Geschäftsanteile einer GmbH in der Absicht, gegebenenfalls unter Umwandlung des Gegenstandes des Unternehmens, die Form der Gesellschaft für ein anderes Unternehmen zu benutzen [14]).

Bestimmend ist die Änderung des Gegenstands des Unternehmens. Andere Umwandlungen z. B. in der Organisation der Gesellschaft oder der Firma sind denkbar. Wieweit sie in Betracht kommen, wird von der Lage und dem Bedürfnis des einzelnen Falles abhängen.

Wesentlich für den Mantelkauf ist der Verkauf aller Aktien, gleichgültig ob die Veräußerung sämtlicher auf einmal oder nacheinander vor sich geht. Im letzten Falle kann die Beurteilung des rechtlichen Vorgangs schwieriger sein. Ein Mantelkauf liegt hier aber immer dann vor, wenn durch eine später vorgenommene Satzungsänderung wirtschaftlich eine neues Unternehmen entsteht.

Nicht als Mantelkauf zu behandeln ist der Fall, daß eine Gesellschaft ohne Wechsel der Gesellschafter den Gegenstand des Unternehmens ändert; denn in diesem Falle findet keine Veräußerung der Aktien oder Anteile statt.

Ebenso ist es ferner kein Mantelkauf, wenn eine AG oder GmbH den Gegenstand ihrer Satzung ändert, nachdem verschiedene Gesellschafter gewechselt haben. Das ergibt sich einerseits aus der Begriffsbestimmung des Gesellschaftsmantels, der durch alle Aktien oder Geschäftsanteile verkörpert wird, und ist andererseits eindeutig, wenn der Zweck unserer Rechtsform ins Auge gefaßt wird. Mit dem Mantelkauf wird die Begründung eines Unternehmens in der Form einer AG oder GmbH verfolgt, ohne daß dabei die Beteiligten zu einer Neugründung im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen schreiten müßten. Haben die Erwerber des größeren Teils der Aktien oder Geschäftsanteile die zur Satzungsänderung erforderliche Stimmenmehrheit erreicht, so können sie den Gegenstand des Unternehmens ändern, der Gesellschaft einen neuen Namen geben und sonstige andere Verhältnisse herbeizuführen. Hier wird eine organische Veränderung geschaffen, die unter das Recht der Mitglieder fällt, die Satzung zu ändern. Anders liegt der Fall aber beim Verkauf aller Aktien oder Geschäftsanteile, mit dessen Hilfe ein Betrieb lebensfähig gemacht werden soll, der zum alten Unternehmen ohne jede Beziehung ist. Dieser Zweck des Mantelkaufs fällt weg bei der organischen Entwicklung innerhalb der Gesellschaft durch Mehrheitsbeschluß. Es liegt kein Grund vor, diesen Vorgang unter einem besonderen rechtlichen Gesichtspunkt zu behandeln. Auch ein neuer Name ist in diesem Falle nicht erforderlich. Von der organischen Veränderung

[14]) So Hachenburg Komm. z. GmbHG 26 S. 277; ders. i. Jur.Woch. 24 S. 1536; Staub-Pinner Komm. z. HGB II 26 S. 25; Gierke J. v., Handels- u. Schiffr. 29 S. 294; Friedländer, Konzernr. 27 S. 128; Fuchs Jhs., Mantelkauf u. GmbHNov. i. Recht und Handel 27 S. 381; dem Sinne nach KGBeschl. vom 3. 7. 24 Jur.Woch. S. 1535 u. v. 18. 12. 24 Jur.Woch. 25 S. 635/7.

einer Gesellschaft unterscheidet sich der Mantelkauf also durch die Veräußerung sämtlicher Anteile.

Ein Mantelkauf setzt nicht zwingend den Erwerb der Anteile oder Aktien einer gänzlich erloschenen Gesellschaft, wie das zweite Beispiel darlegt, voraus; es ist auch denkbar, daß die Gesellschaft im Zeitpunkt der Veräußerung des Mantels noch Vermögenswerte besitzt. Es muß nur an einem produktiv arbeitenden Unternehmen fehlen und an einem zur Aufnahme oder Wiederaufnahme des bisherigen oder eines anderen Betriebes ausreichenden Vermögen mangeln [15]). Die Rechtsform der AG oder GmbH deckt mit ihrer Rechtspersönlichkeit auch das wirtschaftlich kranke Unternehmen in jedem Falle wie ein umhüllender Mantel. Wenn man bei wirtschaftlich blühenden Gesellschaften nicht von einem Verkauf der Anteile reden hört, so ist das aus dem mangelnden Interesse der Gesellschafter, die ihnen gewinnbringenden Anteile oder Aktien zu veräußern, zu erklären. Werden aber die Anteile einer kranken Gesellschaft von den Gesellschaftern verkauft, so liegt stets ein Mantelkauf vor, wenn die AG oder GmbH zwar noch Aktiva besitzt, aber nicht mehr über so viel Mittel verfügt, daß sie den erloschenen Betrieb wieder aufnehmen kann; denn auch in diesem Falle geht der Mantel durch den Erwerb der Aktien oder Geschäftsanteile in die Hände der Käufer über.

Mit dem Kauf des Mantels einer AG oder GmbH verfolgen die Erwerber der Aktien oder der Geschäftsanteile den Zweck, ein kaufmännisches Unternehmen in der Form einer AG oder GmbH zu begründen oder weiter zu führen, ohne die Gründung einer Gesellschaft nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften vornehmen zu müssen. In der Vermeidung der Gründungsförmlichkeiten liegt die wirtschaftliche Bedeutung des Rechtsvorganges [16]). Der schwerfällige und langsame Weg der Gründung einer AG oder GmbH, den das Gesetz der Sicherheit des Verkehrs wegen vorschreibt, fällt weg [17]). Der Mantelkauf läßt sich in wenigen Stunden durchführen. Kosten und Zeit werden dadurch erspart [18]). Einen weiteren Vorteil bietet der Mantelkauf durch die Möglichkeit, das Unternehmen eines Einzelkaufmanns von vornherein unter der Form einer GmbH zu eröffnen [19]). Vom Kammergericht ist diese Möglichkeit bestritten und mit zum Ausgangspunkt einer die Zulässigkeit des Mantelkaufs verneinenden Auffassung gemacht worden [20]). Diese Ansicht wird — wie noch auszuführen ist — weder von der übrigen Rechtsprechung noch von der Rechtslehre geteilt. — Der Mantelkauf kann ferner für Zwecke der Betriebsvereinigung oder -vereinfachung eine wirtschaftliche Rolle spielen. Ein industrielles Unternehmen, das z. B. sich eine selbständige Vertriebsgesellschaft für den Absatz der eigenen Erzeugnisse zulegen will, kann dies in einfachster Weise durch den Erwerb eines Aktien- oder GmbHmantels erreichen [21]). — Ein besonderer Anreiz, ein Unternehmen in die Form eines leeren Mantels zu kleiden, war vor dem Inkrafttreten der Reichsabgabenordnung der Wunsch der Ersparung des Gründungsstempels, der für den errichte-

---

[15]) Breit, Komm. z. GBV III 25 S. 395; KG in Höchstr. Rchtspr. 33 Nr. 833.

[16]) Feine bei Ehrenberg III, 3 29 S. 436, 445.

[17]) KGBeschl. v. 5. 4. 23. JFG 1 S. 201.

[18]) [19]) Feine a. a. O.

[20]) Jur.Woch. 25 S. 636.

[21]) Fuchs a. a. O. S. 381 u. Fuld, Der Erwerb des Mantels einer GmbH in ZBH 26 S. 206.

ten notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrag erhoben wurde [22]). Durch § 9 RAO in Verb. mit § 6a des Kapitalverkehrssteuergesetzes vom 22. 5. 31 [23]) oder durch § 6b des letzten Gesetzes werden jedoch in allen Fällen die Mantelkäufe auch steuerrechtlich erfaßt, sodaß von einer besonderen Bedeutung auf diesem Gebiete heute nicht mehr die Rede sein kann.

Nach Beendigung der Geldentwertung wurde im Verlauf der Umstellung des Geldverkehrs auf die Goldmark im Sinne von § 5 GBV vom 28. 12. 23 [24]) das Stammkapital für die GmbH auf mindestens 500 GM, das Grundkapital für eine AG auf 5000 GM festgesetzt [25]). Für Neugründungen forderte die GBV bei Gesellschaften mbH ein Stammkapital von 5000 GM, bei Aktiengesellschaften ein Grundkapital von 50 000 GM [26]). Es bestanden neben den erstgenannten „Zwerggesellschaften" mbH also solche mit höherem Stammkapital. Die Nachfrage nach Gesellschaftsmänteln mit geringem Stammkapital war die Folge. Der Handel mit Mänteln blühte. Der Vorteil für den Erwerber lag neben den oben bereits angeführten darin, daß er für den Kauf und die Ausfüllung der Form wenig Kapital aufzubringen brauchte [27]). Durch § 42 Abs. 1 der zweiten Durchführungsverordnung zur GBV vom 28. 3. 24 [28]) ist diesem Rechtszustand ein Ende gemacht worden. § 42 der genannten Verordnung faßt u. a. Änderungen in den Verhältnissen der Gesellschaft insbesondere solche des Geschäftsbetriebes, die die neue Gesellschaft nicht mehr als Fortsetzung der bisherigen erscheinen lassen, unter den Begriff der wirtschaftlichen Neugründung und erklärt bezüglich des Grund- und Stammkapitals die Bestimmungen des § 17 Abs. 2 und 3 der GBV ausschließlich für anwendbar. Da unter die Veränderungen in den Verhältnissen der Gesellschaft nach unserer Begriffsbestimmung auch der Mantelkauf fällt [29]), konnten zunächst bis zum Inkrafttreten der GmbH-Novelle vom 28. 6. 26 [30]) durch Mantelkauf Gesellschaften mit einem geringeren als für die erforderlichen Neugründungen erforderlichen Grund- oder Stammkapital nicht entstehen. Die GmbH-Novelle fordert neuerdings für Neugründungen von Gesellschaften mbH ein Stammkapital von 20 000 GM, ohne hinsichtlich der bereits bestehenden Gesellschaften in Bezug auf die Höhe des Stammkapitals Bestimmungen zu treffen, Art. I, 1 des Ges. Bezüglich der Höhe des Stammkapitals bestehen demnach drei Arten von GmbH und zwei Arten von AG. Da jedoch Art. 2 des Ges. vom 28. 6. 26 [31]) bezüglich der Änderungen in den Verhältnissen der Gesellschaft inhaltlich dieselbe Bestimmung wie § 42 der II. DVzGBV trifft, ist — was die Höhe des Stammkapitals anbe-

---

[22]) Staub-Pinner a. a. O. S. 25; Feine a. a. O. S. 445.
[23]) RGBl. I S. 241.
[24]) RGBl. I S. 1253.
[25]) § 10 Abs. 1 GBV.
[26]) § 17 Abs. 2 GBV.
[27]) So auch Feine a. a. O.
[28]) RGBl. I S. 385.
[29]) So auch trotz mancher Bedenken Becker, Mängel der GmbHNov. i. ZBH 28 S. 2 f., insbes. S. 3; Brodmann, Aktienr. 28 Anm. 1 S. 18.
[30]) RGBl. I S. 315.
[31]) Art. II Abs. 2 Satz 2: Ändert jedoch die Gesellschaft ihre Verhältnisse wesentlich, nimmt sie insbesondere eine wesentliche Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, ihrer Verfassung, der Zusammensetzung ihrer Organe oder der Art ihres Geschäftsbetriebes vor, so sind diese Veränderungen nur dann einzutragen, wenn die Vorschr. des Art. 1 dieses Ges. bereits erfüllt sind oder gleichzeitig erfüllt werden.

langt — der Mantelkauf seither ohne jede wirtschaftliche Bedeutung; denn jedes Unternehmen, das einen GmbH- oder AGMantel gekauft hat, muß heute das gleiche Kapital aufbringen, wie eine Gesellschaft, die in einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Weise entsteht.

Eine große Rolle spielten die Mantelkäufe infolge des Kapitalfluchtgesetzes in der Fassung vom 16. 1. 23 und des Ges. über die Depot- und Depositengeschäfte vom 26. 6. 25 [32]). Unter der Herrschaft dieser Gesetze hatten nur Unternehmungen, die besondere Anforderungen erfüllten, das Recht, Depot- und Depositengeschäfte zu betreiben. Das erste Gesetz machte den Betrieb von Depot- und Depositengeschäften durch Banken von dem Bestehen des betreffenden Bankunternehmens zu einem bestimmten Zeitpunkte, dem 16. 1. 20 abhängig, § 10 [33]). Nach dem Ges. vom 26. 6. 25 durften Depot- und Depositengeschäfte nur von Depositenbanken abgeschlossen werden, § 4 Abs. 1 des Ges. Als Depositenbanken im Sinne dieses Ges. galten u. a. Bankunternehmungen, soweit sie beim Inkrafttreten des Ges. Depot- und Depositengeschäfte geschäftsmäßig zu betreiben berechtigt waren und betrieben haben, sowie deren Zweigniederlassungen (§ 10 des Kapfluchtges. v. 26. 1. 23, der VO des RP auf Grund Art. 48 RV über die Aufrechterhaltung von Vorschriften des Kapfluchtges. und des Weinsteuerges. vom 29. 12. 24 und des Ges. über die Aufrechterhaltung von Vorschriften des Kapfluchtges. v. 16. 4. 25) und ferner AG, KgaA, GmbH oder deren Zweigniederlassungen, die von der obersten Landesbehörde nach Benehmen mit der Reichsbank und im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister zum geschäftsmäßigen Betriebe von Depot- und Depositengeschäften zugelassen werden. In der Folge hatte sich ein lebhafter Handel mit Aktienmänteln entwickelt. Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH, die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechend Bankgeschäfte in dem in Rede stehenden Sinne zu betreiben berechtigt waren, dann aber aus irgendwelchen Gründen nur noch als leere Rechtsform bestehen blieben, wurden zwecks Neugründung von Bankunternehmen aufgekauft [34]) und durch Änderung der Satzung, Firma, Verlegung des Sitzes usw. zu einem neuen Bankunternehmen umgebildet. In diesen Fällen half allein der Mantelkauf ein Depot- und Depositengeschäfte betreibendes Bankhaus neu zu eröffnen. Da das Gesetz vom 26. 6. 25 am 1. 1. 30 außer Kraft trat [35]), ist der Mantelkauf im Hinblick auf das Depot- und Depositenrecht heute bedeutungslos.

Über den Mantelkauf gibt es bisher keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen. § 42 der II. DVzGBV hat zwar, wenn auch nicht ausschließlich, für die an ihn geknüpfte Rechtsfolge die Mantelkäufe im Auge, aber auch er vermeidet den Ausdruck Mantelkauf. § 23 HGB kann weder unmittelbar noch mittelbar auf den Mantelkauf angewandt werden; denn einmal ist der Gesellschaftsmantel mehr als die Firma, der Name des Unternehmens und sodann würde beim Mantelkauf, unjuri-

---

[32]) RGBl. I 23 S. 91; 25 S. 89.

[33]) In Geltung bis zum Inkrafttreten des Ges. v. 26. 5. 25; vgl. Ges. über die Aufrechterhaltung . . . . v. 16. 4. 25. RGBl. I S. 43.

[34]) Staub-Pinner II S. 25.

[35]) § 1 des 2. Ges. zur Verlängerung der Geltungsdauer des Ges. über die Aufrechterhaltung . . . vom 24. 12. 27.

stisch gesagt, die ganze GmbH oder AG selbst mit allen etwa noch vorhandenen Vermögenswerten veräußert. Durch die Veräußerung erlangt der Erwerber nicht nur Namen und gegebenenfalls das brachliegende Handelsgeschäft des Unternehmens, sondern das ganze der Gesellschaft verbliebene Vermögen. Er wird vor allem Träger der Rechtsform selbst.

Da die rechtliche Zulässigkeit des Mantelkaufs also aus einer oder mehreren positiven Gesetzesbestimmungen nicht hergeleitet werden kann, muß versucht werden, sie aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften und aus allgemeinen Rechtsgedanken heraus zu begründen. Hierfür kommt allein das Aktienrecht und das Recht der GmbH in Betracht.

Die Auffassungen, die sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung über die Zulässigkeit des Mantelkaufs gebildet haben, sind sehr geteilt. Man kann sie in drei Gruppen einteilen. Es soll zunächst die des Kammergerichts (KG), das zuerst die Frage der Zulässigkeit aufgeworfen hat, mitgeteilt werden. Nach der Ansicht des KG ist der Kauf eines Aktienmantels sittenwidrig und gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil durch die Außerachtlassung des gesetzlich vorgeschriebenen Gründungsvorgangs beim Verkauf ein besonderer gesetzlicher Zweck vereitelt werde, der durch die Gründungsvorschriften erfüllt werden soll. Die Person oder Personen, die ein Unternehmen in der Form einer AG durch Kauf eines Aktienmantels ins Leben rufen, entziehen sich der zivil- und strafrechtlichen Verantwortung, der die Gründer unterworfen sind (§§ 202, 315 HGB). Der Schutz des § 186 HGB werde aufgehoben, Sacheinlagen erfolgten im Wege der Kapitalserhöhung, es genüge die Offenlegung im Gesellschaftsvertrage (§ 279 HGB), der Revisorenprüfung bedürfe es nicht (§§ 192 II/193 HGB). Der Kauf eines Aktienmantels sei aus diesen Gründen stets nichtig, auch dann, wenn feststehe, daß im Einzelfalle eine unlautere Gründung nicht vorliege, und das wirtschaftliche Bedürfnis darunter leide [36]).

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Kaufs eines GmbHMantels hat das KG eine etwas abweichende Stellung eingenommen. Den Verkauf der Anteile einer GmbH hält das KG im allgemeinen rechtlich für zulässig, weil, wie in Rechtslehre und -sprechung anerkannt werde, die Gesellschaft auch bei Vereinigung aller Anteile in einer Person fortbestehe und weil bei der GmbH der Gründungsschutz nicht in der Weise wie bei der AG ausgeprägt sei. Voraussetzung hierfür sei jedoch, daß die Gesellschaft nicht zu einem leeren Mantel, zu einer bloßen Hülle, herabgesunken sei [37]). Von dieser Regel hat das KG eine Ausnahme gemacht für den Fall, daß das gesellschaftliche Unternehmen von dem Erwerber des Mantels nicht weitergeführt wird, sondern der leere Mantel zur Begründung eines neuen bisher vom Einzelkaufmann betriebenen Geschäfts, zur Erreichung der Haftungsbeschränkung dienen soll [38]). In diesem Falle sei der Mantelkauf gemäß § 138 BGB nichtig. Der Wille der Parteien beim Mantelkauf gehe dahin, einen rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, der auf keinem anderen Wege erreichbar ist: die Haftungsbeschränkung für einen einzelkaufmännischen Betrieb [39]). Da das Geschäft eines Einzelkaufmanns unter Verwendung einer vorhandenen Gesellschaftsform von vornherein als

---

[36]) Beschl. v. 18. 12. 24 Jur.Woch. 25 S. 635 f., insbes. S. 637 = OLGR 44 S. 226. So auch im Ergeb. Brodmann, Aktienr. Komm. 28. § 180 Anm. 1 S. 18.

[37]) [39]) KGBeschl. v. 3. 7. 24. Jur.Woch. S. 1536; OLGR 4 S. 225.

[38]) OLGR 44 S. 226.

GmbH nicht gegründet werden könne, vielmehr zur Bildung der Gesellschaft mehrere Personen erforderlich seien, und eine für andere Zwecke bestimmte Rechtsform deshalb gewählt ist, um verdeckt etwas vom Gesetz nicht Gewolltes doch zu erreichen, sei das Rechtsgeschäft ein Mißbrauch der vom Gesetz zu anderen wirtschaftlichen Zwecken geschaffenen Rechtsform der GmbH und eine Gesetzesumgehung [40]). Der Erwerb des GmbHMantels sei daher in diesem Falle ein Verstoß gegen die für den Rechts- und Geschäftsverkehr notwendigen und sie beherrschenden Grundsätze der Redlichkeit und Ehrbarkeit und damit ein Verstoß gegen die guten Sitten. Die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB trete nicht durch den ungewohnten Gebrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts ein, sondern nur dadurch, daß die Haftungsbeschränkung für ein einzelkaufmännisches Unternehmen unerreichbar sei [41]). Diese Auffassung sei auch mit der Zulässigkeit der Strohmanngründungen vereinbar; denn der Erwerb eines GmbHMantels durch eine einzelne Person und eine Strohmännergründung seien insofern verschiedene Dinge, als der Strohmann Gründer sei, und bei der Strohmanngründung das Geschäft des Einzelkaufmanns eben nicht von vornherein als GmbH gegründet werde [42]). Der Kauf eines GmbHMantels könne auch nicht mit der Zulässigkeit der Einmanngesellschaft begründet werden; denn diese sei bereits ein Mißbrauch [43]) und es bestehe kein Anlaß, Mißbräuche in noch weiterem Umfange zuzulassen, als wie es bisher durch die Rechtsprechung geschehen sei. Der Handel mit Mänteln sei eine höchst unerfreuliche Erscheinung des Wirtschaftslebens [44]). Der Mantelkauf durch eine Einzelperson vertrage sich nicht mit einem Gesetz, das nicht zuläßt, daß ein Einzelunternehmen von Anfang an in der Form einer GmbH betrieben werde [45]). Es befriedige allerdings nicht, wenn dieser Standpunkt zu der Farce des Mantelerwerbs durch zwei Personen mit anschließender Vereinigung der Geschäftsanteile in der Hand einer Person führe. Es sei aber die Folge einer Rechtsanschauung, die herrschend geworden sei, obwohl sie den Gesetzeszweck verfälsche [46]). Überdies sei die Zulassung der Mantelkäufe — das betrifft sowohl den AG- als auch den GmbHMantel — geeignet, die Mantelgründungen zu begünstigen [40]). Wenn durch gesetzliche Maßnahmen die Möglichkeit der Ausnutzung des Mantels nicht gegeben ist, so seien die Mantelgründungen wirtschaftlich fortan bedeutungslos.

In einer neueren Entscheidung hat das KG [47]) ausgesprochen, daß die Unzulässigkeit des Mantelkaufs bei beiden Gesellschaftsarten sich schon aus § 134 BGB ergebe, und zwar daraus, daß die Mantelverwertung gegen den Zweck wichtiger Gesetzesvorschriften und gegen das

---

[40]) OLGR 44 S. 226.
[41]) das. S. 225/6.
[42]) das. S. 225.
[43]) Brodmann, „sie ist an sich ein Unding, wird offenbar viel mißbraucht und schlägt der Absicht des Gesetzes ins Gesicht. Die Gesellschaft ist geschwunden, die beschränkte Haftung ist geblieben. Das hat das Gesetz nicht gewollt und wenn es die vom Gesetz der Gesellschaft gegebene Struktur mit sich bringt, so tritt doch nicht hervor, daß der Gesetzgeber sich dieser Konsequenz bewußt gewesen wäre und sie hätte hinnehmen wollen", vgl. Jur.Woch. 25 S. 637.
[44]) Das wird auch von Feine a. a. O. S. 446 eingeräumt.
[45]) OLGR 44 S. 227.
[46]) das. S. 226.
[47]) Beschl. v. 23. 6. 32 in Höchstr. Rchtspr. 33 Nr. 833.

daraus zu entnehmende Verbot ihrer Umgehung verstoße. Das Gesetz eröffne durch Zulassung der Kapitalgesellschaft die Möglichkeit, bei einem kaufmännischen Unternehmen die persönliche Haftung der Beteiligten für die Geschäftsschulden auszuschließen. Es verlange aber in Kenntnis der Gefahren, die sich aus dem Haftungsausschluß für außenstehende Personen ergeben, daß bei der Gründung der Gesellschaft bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden, die den Ausschluß erträglich machen. Durch die zwingenden Vorschriften für die Kapitalaufbringung und über die Haftung der Gesellschafter hierfür solle nach Möglichkeit eine Gewähr dafür geschaffen werden, daß das Gesellschaftskapital auch wirklich zur Verfügung stehe. Diese Vorschriften würden ihren Zweck verfehlen, wenn sie durch den Mantelkauf umgangen werden könnten. Es dürfe deshalb angenommen werden, daß das Gesetz eine solche Umgehung nicht zulassen will. Diesem Ergebnis stehe nicht entgegen, daß die einmal gegründete Gesellschaft jederzeit befugt ist, den satzungsgemäßen Gegenstand des Unternehmens abzuändern; denn als bloße Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens lasse sich die Verwertung des leeren Gesellschaftsmantels für ein ganz anderes Unternehmen überhaupt nicht ansehen. Eine Gesellschaft, von der nur noch der leere Mantel vorhanden ist, könne den Gegenstand des Unternehmens tatsächlich nicht mehr ändern, weil sie kein Unternehmen betreibe und weil ihr die wirtschaftliche Grundlage für die Wiederaufnahme oder Neuaufnahme irgendeines Geschäftsbetriebes fehle. Werde gleichwohl ein anderer Gegenstand des Unternehmens satzungsgemäß eingeführt, so solle in Wahrheit nicht nur der Gegenstand des bisherigen Gesellschaftsunternehmens geändert, sondern die weitergehende Möglichkeit eröffnet werden, dem anderen Unternehmen mittels des leeren Gesellschaftsmantels die äußere Rechtsform der bestehenden Gesellschaft zu verschaffen.

Demgegenüber sind eine Reihe von Schriftstellern für die Zulässigkeit des Mantelkaufs eingetreten.

Breit [48]) steht auf dem Standpunkt, daß der Kauf eines Aktienmantels mit der Vereitelung des Gründungsschutzes nichts zu tun habe [49]). Der Mantelkauf könne wohl einer durch die Änderung der Art des Geschäftsbetriebes hervorgerufenen Beseitigung des Gründungsschutzes zeitlich vorausgehen, sachlich stehe er mit ihr in keinem notwendigen Zusammenhange. Das gehe deutlich aus dem Fall hervor, daß eine AG den Gegenstand des Unternehmens ändere, wodurch für das neue Unternehmen der Gründungsschutz fortfalle, ohne daß von einem Mantelkauf die Rede gewesen wäre. Hierbei könne es keinen Unterschied machen, ob die Satzungsänderung durch sämtliche Aktionäre oder nur durch einen einzigen Aktionär, der im Besitz sämtlicher Aktien ist, oder durch den, der alle Aktien durch Kauf erworben hat, vorgenommen werde [50]). Das KG schalte mit seiner Einstellung vom Gesetz eingeräumte Möglichkeiten aus. Die Ansicht des KG setze nämlich voraus, daß das Aktienrecht eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens nicht zulasse und daß weiter in der Satzung der Gegenstand des Unternehmens eng begrenzt angegeben werden müsse. Dieser Auffassung stehe aber § 275 HGB entgegen. Die Grundlage für den Stand-

[48]) Zum KGBeschl. v. 18. 12. 24. Jur.Woch. 25 S. 635 f., insbes. S. 637 und Komm. z. GBV . . . . II. Bd. S. 395.

[49]) So auch Fuld i. ZBH 26 S. 207.

[50]) So im Ergebnis auch Staub-Pinner II 26. § 292 Anm. 18 a S. 535; Fuld a. a. O.

punkt des KG entfalle schließlich mit der Zulässigkeit jeder Umwandlung des Unternehmens auf dem Wege der bloßen Satzungsänderung und, wenn die Bezeichnung der Art des Geschäftsbetriebes im Gesellschaftsvertrage allgemein gefaßt ist, durch bloßen Willensakt der Organe der AG. Der Mantelkauf sei daher nicht sittenwidrig. Er sei sittlich indifferent und auch dann mit den guten Sitten vereinbar, wenn die Übertragung der Aktien nicht nur dem Erwerber die Gesellschaftsrechte vermitteln, sondern darüber hinaus den Zweck haben soll, den Übergang gewisser Privilegien herbeizuführen.

Breit hält auch den Kauf eines GmbHMantels durchweg für zulässig [51]). Daraus, daß eine Gesellschaft auch bei Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand bestehen bleibe, und daß der Gegenstand des Unternehmens einer GmbH jederzeit durch Satzungsänderung geändert werden könne, folge sogar die Möglichkeit, ein gewerbliches Unternehmen von vornherein in der Form einer GmbH, deren sämtliche Anteile sich in einer Hand befinden, zu begründen [52]). Das KG übersehe, daß bei der Kapitalgesellschaft das Schwergewicht auf der Form liege, und daß formaljuristisch die Einmanngesellschaft, deren Zulässigkeit außer Frage stehe, auch eine Gesellschaft sei. Die Haltlosigkeit der vom KG vertretenen Meinung ergibt sich nach Breit auch aus folgendem Beispiel. Wenn eine Gesellschaft von einem Geschäftsbetriebe allmählich zu einem anderen übergehe, dann noch ein Gesellschafter sämtliche Anteile erwerbe, so sei auch für das neue Unternehmen die Haftungsbeschränkung erreicht, ohne daß hiergegen in rechtlicher Hinsicht etwas eingewandt werden könnte. Dasselbe Ziel, zu dem der Mantelkauf führt, sei also auch auf andere rechtlich nicht zu beanstandende Weise zu erlangen.

Die gleiche Auffassung bezüglich des Ankaufs eines GmbHMantels ist von Byk [53]), jedoch mit zum Teil anderer Begründung vertreten worden. Das Geschäft eines Einzelkaufmannes könne ohne Verwendung einer vorhandenen Gesellschaftsform von vornherein — durch Mantelkauf — als GmbH begründet werden. Wäre die Ansicht des KG richtig, dann müßten logischer Weise die Gründungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH mit Strohmännern nichtig sein, von denen eine große Anzahl zustandekomme. Die Nichtigkeit der Mantelkäufe könne auch nicht aus der Willensrichtung der beim Kauf Beteiligten hergeleitet werden. Entgegen der Annahme des KG [54]) gehe der Wille des Mantelkäufers dahin, die Geschäfte von einer selbständigen, von dem Käufer verschiedenen Rechtspersönlichkeit abschließen zu lassen, und von jeglicher persönlichen Haftung frei zu sein. Er sei also nicht unlauter. Die Verwendung der inhaltslosen Hülse stelle auch keinen Mißbrauch einer vom Gesetz zu anderen wirtschaftlichen Zwecken zur Verfügung gestellten Rechtsform dar [55]). Ein Mißbrauch der Form brauche nicht bei jedem Mantelkauf vorzuliegen. Abgesehen hiervon sei aber besonders in der steuerrechtlichen Praxis des OVG stets betont worden, daß der Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts als solcher nicht zur Nichtigkeit des Rechtsge-

---

[51]) Breit i. Jur.Woch. 25 S. 236/7.
[52]) So im Ergebnis auch Feine a. a. O. S. 446.
[53]) Zum Beschl. des KG vom 3. 7. 24. Jur.Woch. S. 1535.
[54]) vgl. oben S. 9.
[55]) So auch Staub-Pinner a. a. O.; Fuld a. a. O.

schäfts führe. Auch der Gesetzgeber gehe, wie § 10 RAO und § 42 d. II. DVzGBV beweise, von der Gültigkeit des Mantelkaufs aus[56]).

Eine Mittelmeinung wird von Hachenburg und dem OLG Dresden vertreten. Nach Hachenburg[57]) soll die Verwendung einer bestehenden Gesellschaft als Hülse in der Regel zulässig sein. Da das Geschäft eines Einzelkaufmanns nicht als GmbH begründet werden könne, das einzelkaufmännische Unternehmen mbH in Deutschland nicht eingeführt sei, sei man auf die Einmanngesellschaft gekommen. Der Unternehmer gründe die GmbH mit einem Vertrauensmanne, der nach der Eintragung seinen Geschäftsanteil jenem abtrete. Ebensogut könne aber der Unternehmer eine bestehende Gesellschaft erwerben. Es sei nicht einzusehen, weshalb dieses mit dem Gesetz in voller Übereinstimmung befindliche Verfahren dann ungültig sein solle, wenn man hierdurch die Errichtung einer neuen Gesellschaft erspare. Es bestehe kein wirtschaftliches Interesse, eine vorhandene Gesellschaft aufzulösen und zu liquidieren und zugleich eine neue zu errichten. Solche wirtschaftlichen Vorgänge wie die Mantelkäufe verdienten gefördert zu werden. Unter Umständen könne aber der Mantelkauf gegen die guten Sitten verstoßen, dann nämlich, wenn schutzwürdige Interessen im Rechtsverkehr bedroht wären. Es sei z. B. denkbar, daß Unternehmer eine bestehende Gesellschaft kaufen, um sich hierdurch einen Vorteil wirtschaftlicher Art zu verschaffen (Depotrecht der Banken), den sie sonst nicht erlangt hätten. Hier könne die Vereitelung des besonderen gesetzlichen Zwecks als sittenwidrig erscheinen. Es verstoße nicht gegen Redlichkeit und Ehrbarkeit, wenn die Geschäftsanteile einer GmbH auf einen anderen übertragen werden, der dann einen neuen Geschäftszweck einführt, das Kapital erhöht und einen neuen Geschäftsführer bestellt.

Auch das OLG Dresden[58]) hat ausgesprochen, daß der Erwerb eines Aktienmantels nicht von vornherein und unter allen Umständen als sittenwidrig und deshalb nichtig anzusehen sei. Nach Ansicht des erkennenden Senats muß die Beantwortung der Frage, ob ein Mantelkauf sittenwidrig und nichtig ist, von den Umständen des einzelnen Falles abhängen[59]), er kann gegen die guten Sitten verstoßen, braucht es aber nicht unter allen Umständen. Die Tatsache, daß vermittels des Mantelkaufs die Vorschriften des HGB über den Gründungsschutz umgangen werden, sei für sich allein nicht geeignet, die Sittenwidrigkeit des Kaufs darzutun, solange nicht ein Anhalt dafür gegeben ist, daß damit gesetzwidrige Zwecke, insbesondere unlautere Sachgründungen, erzielt oder gefördert werden sollen. Mit dieser Begründung hat der Senat den Erwerb eines Aktienmantels, der in der Absicht erfolgte, auf dem Wege einer sich anschließenden Kapitalerhöhung ohne Beachtung der Gründungsvorschriften ein neues Unternehmen ins Leben zu rufen, für zulässig gehalten. Wenn die vom HGB für die Gründung von Aktienge-

[56]) Wie Breit und Byk: J. v. Gierke a. a. O. S. 294 ohne Gründe; RG II Urt. v. 6. 2. 30 in RGSt. 64 S. 81 und wohl auch schon Erlinghagen i. Der sog. Verkauf der Form einer AG i. Jur.Woch. 20 S. 549; gegen das KG auch Becher: Der Handel mit Aktienmänteln und GmbHMänteln ZBH 27 S. 163; Liffschütz in ZBH 29 S. 135: Der Fragebogen zur Aktienrechtsform; Ring-Schachian, Praxis der AG S. 37, der sich darauf stützt, daß durch § 42 II. DVzGBV die Zulässigkeit des Mantelkaufs grundsätzlich anerkannt sei.

[57]) Z. Beschl. des KG v. 3. 7. 24. Jur.Woch. S. 1536 und Komm. z. GmbHG 26 I § 13 Anm. 1 S. 276 f.

[58]) Beschl. v. 6. 1. 31 i. JFG Bd. VIII S. 157 f.

[59]) a. a. O. S. 162.

sellschaften gegebenen Vorschriften im Falle der gewöhnlichen Kapitalerhöhung nicht beobachtet zu werden brauchen, so liege auch kein Grund dafür vor, die Gründungsvorschriften dann anzuwenden, wenn es sich um einen Mantelkauf handele; es sei denn, daß Verdacht dafür gegeben ist, daß auf diesem Wege unlautere Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Der verfolgte Zweck verstoße an sich gegen das Gesetz nicht. Aus diesem Grunde lasse sich die Durchführung jenes Zweckes nicht verhindern.

Die Gründe, die von den verschiedenen Seiten für die Zulässigkeit des Mantelkaufs angeführt worden sind, sind logisch, rechtlich einwandfrei und überzeugend. Das KG ist mit seiner Auffassung bis auf Brodmann allein geblieben und die Gründe, die es gegen die Zulässigkeit des Mantelkaufs ins Feld geführt hat, halte ich insbesondere durch die Ausführungen Breits, Byks und Hachenburgs für widerlegt.

Wenn schon das KG die Einmanngesellschaft rechtlich für zulässig ansieht, dann ist die Zulässigkeit des Mantelkaufs bei der GmbH die zwingende logische Folge. Die Unhaltbarkeit des Standpunktes des KG ergibt sich daraus, daß es gegen den Kauf eines GmbHMantels durch zwei Personen, von denen die eine zugestandenermaßen ein Strohmann, der nach der Eintragung seinen Anteil an den anderen Gesellschafter abtritt, sein kann, kein Bedenken hat. Dem KG ist m. E. auch darin nicht zu folgen, daß der Strohmann auch Gründer und eine Strohmännergründung etwas Anderes als die Errichtung eines Gesellschaftsunternehmens durch eine einzige Person sei. Der Standpunkt ist formal. Der Strohmann ist und bleibt nur eine vorgeschobene Person und das Endergebnis bei der Strohmanngründung sowohl wie beim Mantelkauf, die Haftungsbeschränkung des einzelkaufmännischen Unternehmens, ist das gleiche.

Nach den Ausführungen Breits, der dargelegt hat, daß der Mantelkauf mit der Vereitelung des Gründungsschutzes nicht das Mindeste zu tun habe, läßt sich auch die Auffassung des KG hinsichtlich des Kaufs eines GmbHMantels nicht halten. Ändert eine AG den Gegenstand des Unternehmens, so geht ohne weiteres der Gründungsschutz für das neue Unternehmen verloren. Die Ansicht des KG läuft letzten Endes darauf hinaus, daß eine AG den Gegenstand ihres Unternehmens nicht mehr ändern könne. Das steht aber in Widerspruch mit der zwingenden Vorschrift des § 275 Abs. 2 HGB.

Für die Unzulässigkeit des Mantelkaufs kann nicht der Umstand entscheidend sein, daß er Mantelgründungen begünstige. Das KG übersieht hierbei, daß der Handel mit Mänteln hauptsächlich erloschene Mäntel zum Gegenstande hat. Zu bedenken gäbe auch weiter die schwierige Abgrenzung, die bei der Unzulässigkeit des Mantelkaufs im Einzelfalle entstände. Wenn z. B. in der Gesellschaftssatzung die Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens sehr weit gefaßt ist wie „Handelsgeschäfte aller Art", so ist eigentlich nur die Übertragung der Aktien oder Anteile zum Mantelkauf erforderlich. Eröffnet das neue Unternehmen nun einen anderen Geschäftsbetrieb, so kann kein Richter an diesem Vorgang etwas beanstanden. Tatsächlich ist das geschehen, was wir einen Mantelkauf nennen. Dieser Fall muß selbst bei der Einstellung des KG als rechtlich einwandfrei angesehen werden.

Die Nichtigkeit des Mantelkaufs läßt sich auch nicht aus § 134 BGB ableiten. Das KG hat hierbei besonders an den Zweck, den die Vorschriften bezüglich der Kapitalaufbringung verfolgen, gedacht: Das Gesellschaftskapital soll wirklich zur Verfügung stehen. Allein der Man-

telkauf verstößt auch nicht gegen diese Vorschriften, die zwingenden Rechtes sind. Sie können nicht durch einen Mantelkauf umgangen werden. Für die Aufbringung des Kapitals haften nämlich Mantelkäufer und -verkäufer, sowie deren Rechtsvorgänger [60]). Schon damit geht die Beweisführung des § 134 BGB fehl. Es gibt kein Gesetz, gegen das der Mantelkauf verstößt [61]).

Daß ein Mantelerwerb im Einzelfalle wegen Vereitelung besonderer gesetzlicher Zwecke [62]) oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein kann, halte ich für denkbar. Ob das eine oder andere vorliegt, wird aber von den besonderen Umständen des Falles abhängen. Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit kann ein solcher Fall nicht geltend gemacht werden.

Für die Zulässigkeit des Ankaufs des Mantels sowohl einer AG wie einer GmbH ist noch anzuführen, daß der Gesetzgeber an den Mantelkauf gedacht, in einzelnen Bestimmungen seinen Tatbestand, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch in einer Weise, daß er zwanglos unter den Wortlaut der Vorschriften fällt, berücksichtigt und an ihn besondere rechtliche Folgen geknüpft hat. So behandeln z. B. § 42 der II. DVzGBV v. 28. 3. 24 [63]) und Art. II des Ges. v. 28. 6. 26 den Mantelkauf als wirtschaftliche Neugründung, so daß für ihn die derzeitig geltenden, die Höhe des Stamm- und Grundkapitals betreffenden Vorschriften zur Anwendung gelangen. Durch § 10 RAO wird der Mantelkauf, wie sich noch ergeben wird, der Besteuerung unterworfen. Da der Gesetzgeber mit dem Vorhandensein des Mantelkaufs rechnet und an ihn Rechtsfolgen knüpft, setzt er ihn auch als zulässig voraus. Wäre der Mantelkauf unzulässig, so wären er ein Nichts, das der Beachtung nicht bedarf.

Schließlich sprechen noch folgende Gründe vorwiegend wirtschaftlicher Art für die Zulässigkeit des Mantelkaufs. Neben der Zeit- und Kostenersparnis, die er mit sich bringt und die für den Wirtschaftsverkehr eine große Erleichterung darstellt, kann er auch in gewissen Fällen zur wirtschaftlichen Notwendigkeit werden, z. B. dann, wenn ein vorhandenes Unternehmen von einer eigens hierzu ins Leben zu rufenden juristischen Person erworben werden soll. Bis zur Eintragung der neuen AG, die wochenlang dauern kann, wollen die Beteiligten nicht warten, oder das Geschäft kann sich bis dahin wieder zerschlagen haben. Müssen also sofort rechtsgültige Vereinbarungen getroffen werden, so steht dem Erwerber das Mittel des Ankaufs eines Mantels zur Verfügung. Der läßt sich in wenigen Stunden durchführen. In diesem Falle füllt der Mantelkauf ein wirtschaftliches Bedürfnis aus.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß das HGB in § 200 Abs. 1 und das GmbHG in § 11 Vorschriften aufweisen, die gerade die Geschäfte betreffen, die im Gründungsabschnitt der Gesellschaft vor der Eintragung geschlossen werden. Die Bestimmungen besagen, daß vor der Eintragung in das Handelsregister die GmbH und die AG als solche nicht be-

---

[60]) vgl. unten S. 58 f.

[61]) So auch OLG Dresden JFG VIII S. 162.

[62]) Z. B. bei der Erschleichung der Gewährung des Depot- und Depositenrechts.

[63]) Nach überwiegender Auffassung hat § 42 lediglich den Zweck, Mantelkäufe zu erschweren. Den Zwerggesellschaften sollte ein Riegel vorgeschoben werden; so Breit, Komm. z. GBV II S. 395 Anm. 13c; Feine a. a. O. S. 91; Fuchs, Mantelkauf und GmbHNov. i. Recht und Handel 27 S. 384 gegen Becker, der den Zweck des § 42 und der GmbHNov. darin sieht, Mantelkäufe zu verhüten, vgl. ZBH 28 S. 3.

stehen und daß, wenn vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, die Handelnden persönlich und gesamtschuldnerisch haften. Das ist aber gerade das, was die Mantelkäufer durch den Mantelerwerb vermeiden wollen. Sie kaufen den Mantel, um die persönliche Haftung auszuschließen. Bei dieser würde es selbst dann bleiben, wenn man mit Staub-Pinner [64]) der Auffassung ist, daß im Falle des § 200 HGB von den Handelnden auch die noch nicht entstandene AG verpflichtet werden kann, soweit es sich um Geschäfte für den künftigen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft handelt.

Interessen der Gläubiger der GmbH werden andererseits durch ihn nicht verletzt. Sache der Kreditgeber ist es, wem sie ihr Geld anvertrauen. Wer einer GmbH Kredit gewährt, muß sich in deren Vermögensverhältnisse und Geschäftsübersichten Einblick verschaffen und nicht die privaten Verhältnisse des Gesellschafters ausschlaggebend werden lassen. Wer es dennoch anders macht, handelt auf eigene Gefahr [65]).

Durch die geltenden Bestimmungen ist, selbst in steuerrechtlicher Hinsicht [66]), der Mantelkauf den dem HGB und GmbHG entsprechenden Gründungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH derart angepaßt, daß auf der einen Seite keine ungesetzlichen Vorteile für die Erwerber des Mantels herausspringen und andererseits auch die Schädigung staatlicher und wirtschaftlicher Interessen ausgeschlossen ist. Er ist rechtlich durchaus haltbar und wirtschaftlich nur ein Vorteil. Ich entscheide mich daher für seine Zulässigkeit.

Wird ein neu gegründetes oder ein bestehendes, bisher von einer natürlichen Person oder einer Personenmehrheit geführtes Unternehmen mit dem Mantel einer AG oder GmbH umkleidet, so tauchen bezüglich der Haftung für die Schulden des erloschenen und des neuen Unternehmens die verschiedensten Fragen auf. Es handelt sich darum, ob das neue Unternehmen für das alte haftet, das alte für das neue, und ob die Mantelverkäufer und -erwerber einer Haftung unterworfen sind.

Zunächst soll geprüft werden, ob die Gesellschaft, unjuristisch gesagt, das neue Unternehmen für die Schulden des alten, abgestorbenen Unternehmens aufzukommen hat. Von Vereinbarungen bezüglich der Schulden zwischen Verkäufer und Erwerber kann in diesem Zusammenhange abgesehen werden; denn diese sind nur im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien, nicht für die Schuldenhaftung nach außen, den Gläubigern gegenüber, wirksam. Die in Betracht kommenden Abschnitte des BGB, HGB und GmbHG enthalten hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen keinerlei Bestimmungen, die unmittelbar angewendet werden könnten. Die Vorschriften des BGB und HGB, die die Übernahme eines Vermögens betreffen, sind jedoch wenigstens auf ihre entsprechende Anwendbarkeit im Falle des Mantelkaufs hin zu prüfen.

Greift § 25 HGB entsprechend ein? Er betrifft die Veräußerung des Handelsgeschäfts. Von dem Mantelkauf unterscheidet sich dieser Fall insofern, als in ihm nur ein Vermögensteil der natürlichen oder juristischen Person Gegenstand der Veräußerung ist: Das Handelsgeschäft. Im Falle der Veräußerung des Handelsgeschäfts einer Kapital-

[64]) a. a. O. § 200 Anm. 7 S. 121.
[65]) ähnlich Breit, Jur.Woch. 25 S. 637.
[66]) vgl. unten S. 37.

gesellschaft würde das Unternehmen selbst, die juristische Person mit den anderen Vermögensstücken, z. B. den Grundstücken, bestehenbleiben. Der Mantelkauf umfaßt als Objekt der Veräußerung dagegen die ganze AG oder GmbH — bildlich gesprochen — mit allen von ihr noch beherrschten Sachwerten. Abgesehen von der verschiedenartigen wirtschaftlichen Lagerung der beiden erörterten Fälle wird auch beim Mantelkauf das Handelsgeschäft gerade nicht fortgeführt. In meist allen Fällen wird eine Änderung des Unternehmensgegenstandes beabsichtigt und durchgeführt. Die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 1 HGB ist daher abzulehnen. Damit scheidet § 25 Abs. 1 HGB für die Begründung einer Haftung des neuen Unternehmens aus.

Aus denselben Gründen entfällt eine auch nur entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 3 HGB.

Die §§ 415, 414 BGB können für die Begründung der Haftung des neuen Unternehmens für die Schulden des alten deshalb nicht herangezogen werden, weil beim Mantelkauf gar nichts von einem Anderen übernommen wird, weil kein Wechsel der Rechtspersönlichkeit stattfindet.

Aus dem gleichen Grunde scheidet auch § 419 BGB aus der Erörterung für eine entsprechende Anwendung aus. Er betrifft die Übernahme des Gesamtvermögens einer Person durch eine andere. Die AG oder GmbH, die für die Schulden des alten Unternehmens haften soll, ist dieselbe Rechtsperson geblieben, die sie für das frühere, erloschene Unternehmen war. Nichts hat sich formell an ihr geändert. Eine andere Meinung, die die Anwendung des § 419 BGB befürworten wollte, ist auch durch die tatsächliche Auswirkung der Bestimmung beim Mantelkauf widerlegt, da nach § 419 Abs. 2 BGB die Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt ist. Im Regelfall dürfte kein Vermögen durch das neue Unternehmen übernommen werden. Wären erhebliche Vermögenswerte vorhanden gewesen, so wäre der Mantel nicht verkauft worden. Sind also nur wenige oder überhaupt keine Sachwerte auf das neue Unternehmen übergegangen, so gingen nach § 419 Abs. 2 die Gläubiger leer aus. Die Konstruktion der Haftung wäre unbefriedigend.

Die Haftung der mit dem Mantel versehenen Unternehmung für die Schulden des erloschenen Unternehmens ist nur begründet aus dem unveränderten Fortbestand der GmbH oder AG als Rechtspersönlichkeit. Denn nicht der alte Betrieb, z. B. die Papierfabrik, schuldete, sondern Schuldnerin war die AG, GmbH, der jetzt beim Verkauf des Mantels durch das neue Unternehmen neue Vermögenswerte zugeführt werden. Die Gesellschaft haftet allein. Das ergibt sich aus der Wirkung und der Natur des schuldrechtlichen Vertrages: Bindung der AG oder GmbH als Rechtspersönlichkeit und Vertragspartei auf der einen Seite und einer dritten Person auf der anderen Seite. Eine Haftung der ehemaligen oder der neuen Gesellschafter ist ausgeschlossen, soweit sie nicht aus anderen Rechtsgründen, z. B. der Kapitaldeckungspflicht (vgl. weiter unten) neben der Gesellschaft persönlich verpflichtet sind.

Über die Billigkeit des Ergebnisses können Bedenken bestehen. An seiner Richtigkeit ist nicht zu zweifeln. Es könnte eingewandt werden, wie kommt das neue Unternehmen dazu, für die Schulden eines ihm völlig fremden Betriebes einzustehen? Das scheinbar Widersinnige wird verständlich, wenn man sich klarmacht, welche Bedeutung der Wechsel des Erwerbsgeschäftes bei einer natürlichen Person für die Zahlungsverpflichtungen des Inhabers hat. Eröffnet ein bisher mit Schuhwaren

handelnder Kaufmann eines Tages einen Tuchhandel, so wird niemand auf den Gedanken kommen, den Kaufmann für die Schulden, die in seinem Schuhwarengeschäft entstanden sind, nicht haften zu lassen. Anders ist es aber auch nicht bei der juristischen Person.

Zieht man in Betracht, daß die Schulden eines erloschenen Unternehmens erheblich höher sein können, als der wirtschaftliche Vorteil, den die Erwerber vom Mantelkauf haben, so fragt man unwillkürlich weiter, ob nicht in irgendeiner Weise die Möglichkeit besteht, den Verlust der Gesellschaft, der ja auch die Erwerber als Gesellschafter trifft, auszugleichen.

Abgesehen davon, daß durch die Verjährungsvorschriften die GmbH oder AG in vielen Fällen der Haftung enthoben wird, könnte der Ausgleich im Innenverhältnis durch Ersatzansprüche der Mantelerwerber geschaffen werden.

Die hier unmittelbar auftauchende Frage ist die: Haftet der Verkäufer von Aktien oder Geschäftsanteilen einer AG bzw. einer GmbH dem Erwerber gegenüber für eine gewisse rechtliche Beschaffenheit, z. B. für die Schuldenfreiheit des Mantels? Der Ausgleichsanspruch müßte sich auf den Kaufvertrag zwischen den Mantelkäufern und -verkäufern stützen. In erster Linie kommen daher die Rechtsbehelfe des Kaufrechts bei Rechts- und Sachmängeln in Betracht.

§ 434 BGB, nach welchem der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von einem Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, kann deshalb nicht Platz greifen, weil die Verbindlichkeiten, mit denen der Mantel gegebenenfalls behaftet ist, die Gesellschaft und nicht die Mantelkäufer betreffen.

Gemäß § 437 Abs. 1 BGB haftet der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts. Da Aktien einer AG oder Geschäftsanteile einer GmbH als sonstige Rechte im Sinne von § 437 Abs. 1 BGB anzusehen sind, kommt es für die Anwendung des § 437 nur darauf an, ob allgemein gewisse wirtschaftliche Verhältnisse des Mantels oder im einzelnen hier die Schuldenfreiheit des Mantels zum rechtlichen Bestande der Anteile oder Aktien gehören und diesen beeinflussen.

Von Düringer [67]) ist diese Frage bejaht worden. Wenn das Gesetz sagt, der Verkäufer haftet für den rechtlichen Bestand, so bedeute das nicht, daß er für das Bestehen des Rechts hafte. Der Bestand sei mehr als das bloße Bestehen. Der Ausdruck deute noch auf eine besondere Eigenschaft des Rechts hin. Der Verkäufer einer Forderung stehe zwar nicht wie im § 438 BGB für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ein, aber der Verkäufer eines Rechts hafte dafür, daß es in dem Umfange bestehe, in welchem er es zusage. Der wirtschaftliche Wert der Aktie beruhe auf der Sicherheit des Gesellschaftsunternehmens, der Sicherheit und der Höhe seiner Erträgnisse. Der rechtliche Bestand des Aktienrechts sei wesentlich verschieden, je nachdem die Aktie ein Recht auf die Dividende tatsächlich gewähre oder nicht gewähre. So wie man die Rentabilität eines Hauses als eine Eigenschaft desselben im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB auffasse, ebenso habe man die Rentabilität eines verkauften Rechts als zum Gegenstand desselben gehörig aufzufassen [68]).

---

[67]) Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren i. DJZ 05 Sp. 374.

[68]) So auch Düringer-Hachenburg Komm. z. HGB III S. 31, 37 f., 118 f., 321; Makower HGB § 377 IV, 381 I; Lehmann i. Goldschm. Z. 51 S. 373 f.

Die Ansicht Düringers ist aus dem Wortlaut des § 437 BGB allein nicht zu begründen. Dadurch, daß sich eine Zusicherung hinsichtlich der wirtschaftlichen Seite des Unternehmens als unwahr herausstellt, wird im Gegenteil nicht der Rechtsbestand des Aktien- oder Dividendenbezugsrechts in Frage gestellt, sondern der wirtschaftliche Wert der Aktien. Die Meinung Düringers ist auch in ihrer Folgerung unhaltbar; denn mit ihr verschwände die im BGB (§§ 437, 438) vorgesehene scharfe Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Bestande des verkauften Rechts einerseits und seinem wirtschaftlichen Werte andererseits [69]). Gegen Düringer hat auch das RG in Bd. 86 S. 146 entschieden. Beim Kauf von Geschäftsanteilen einer GmbH handele es sich um einen Verkauf von Rechten, für den es nur eine Haftung aus § 437 BGB gibt. Da aber die Anteile selbst bei wirtschaftlichem Mangel des Unternehmens einwandfrei seien, so sei eine Haftung nicht begründet [70]). Kann die Haftung der Mantelverkäufer für die Schuldenfreiheit des Mantels nicht aus § 437 BGB hergeleitet werden, so sind die Vorschriften über die Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf auf ihre Anwendbarkeit hin zu prüfen. Nach § 459 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Haftung der Mantelverkäufer eintritt, wenn es sich um Mängel der verkauften Sachen, der Aktienurkunden selbst handelt [71]). Um diese Frage geht es hier jedoch nicht. Darüber hinaus halten eine Reihe von Schriftstellern und auch das RG eine Haftung für Sachmängel gemäß § 459 f. BGB insoweit für angebracht, als es sich um das darin verbriefte Recht handelt.

Neukamp [72]) hat diese Ansicht damit begründet, daß bei Inhaberpapieren die rechtlichen Schicksale der Urkunde und das darin verbriefte Recht so innig miteinander verknüpft seien, daß eine verschiedenartige Behandlung nicht angängig erscheine. Es sei ein Verkehrsbedürfnis, die Inhaberpapiere als körperliche Sachen zu behandeln, da diese in zahlreichen Einzelvorschriften (§§ 935 Abs. 2, 1006 Abs. 1 Satz 2 BGB usw.) den beweglichen Sachen gleichgestellt seien. Das frühere Recht sei dieser Auffassung gewesen, und es sei nirgends hervorgetreten, daß das BGB an diesem Rechtszustand etwas habe ändern wollen. Auch weise § 381 Abs. 1 HGB darauf hin, daß für das Gebiet des Handelsrechts die Gleichstellung der Wertpapiere mit sonstigen Waren vollständig sein sollte.

Die gleiche Meinung ist von Hagens [73]), wenn auch aus anderen Gründen, vertreten worden. Die §§ 459 f. BGB müßten trotz der nur individuellen Beziehungen der tatsächlichen Verhältnisse eines Aktien-

---

[69]) So Neukamp: Finden auf den Verkauf von Inhaberpapieren die Vorschriften der §§ 459 f. BGB, 377, 378 HGB oder diejenigen der §§ 437, 438, 195 BGB Anwendung? i. Holdh. Monatsschr. für Handelsr. u. Bankwesen 05 S. 1 f.. insbes S. 5.

[70]) Gegen Düringer auch Oertmann, Komm. z. BG II 29 § 437 Anm. 3 S. 543; Planck ebenda § 437 Z. 2b.

[71]) So Düringer-Hachenburg und Makower a. a. O.

[72]) a. a. O.; ebenso Endemann, Lhrb. d. Bürgerl. R. 2. Aufl. S. 238.

[73]) DJZ 05 S. 666.

unternehmens zu den Aktien aus praktischen Gründen, um eine empfindliche Lücke auszufüllen, entsprechend angewandt werden. Die Frage liege nicht wesentlich anders, als bei § 119 Abs. 2 BGB, wo der Begriff Eigenschaften der Sache in weiterem Sinne, unter Einschließung von tatsächlichen Verhältnissen bei den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildenden Rechten verstanden werde.

Nach Hachenburg [74]) soll der Verkäufer sämtlicher Anteile einer GmbH dem Käufer gemäß § 459 f. BGB haften, da nach der Anschauung der Parteien das Unternehmen selbst verkauft werde. Diese Auffassung hat das RG aufgegriffen und mehreren späteren Entscheidungen im Gegensatz zu früheren, z. B. in Bd. 86 S. 146, zugrunde gelegt. Es bringt zum Ausdruck, daß dem Erwerber sämtlicher Anteile einer GmbH tatsächlich die gleiche Stellung eingeräumt werden muß, wie wenn er das Unternehmen selbst gekauft hätte. Dann könne aber der Verkäufer der Anteile auch in der Haftung für Rechts- und Sachmängel nicht anders gestellt werden, als beim Kauf des Unternehmers selbst. Das entspreche dem Sinn und Zweck des Vertrages, ohne daß es dabei auf die Willensrichtung der Vertragschließenden weiter ankäme. Vorausgesetzt sei jedoch dabei, daß es sich um einen Mangel handele, der, wenn das Unternehmen selbst unmittelbar Gegenstand des Kaufs gewesen wäre, sich als ein Mangel des Kaufgegenstandes dargestellt hätte [75]).

Gegen diese Ansichten läßt sich Verschiedenes einwenden. Abgesehen davon, daß Neukamp für einen Teil aller Wertpapiere ein Sonderrecht schafft, indem er nur von Inhaberpapieren spricht, geht auch durch diese Auffassung die Trennung zwischen Urkunde als Gegenstand und dem darin verbrieften Recht verloren. Man kann außerdem noch anführen, daß § 437 BGB die Haftung für das verbriefte Recht ausschließlich regeln will. Der Hinweis von Hagens auf § 119 Abs. 2 BGB ist nicht stichhaltig. Die mangelhafte Beschaffenheit eines Unternehmens kann kein Sachmangel der Aktien sein; denn das Verhältnis der ersten zu den Aktien weist eine solche wesentliche Verschiedenheit auf, daß sie nicht mehr unter die Mängel der Kaufsache einbezogen werden kann. Verhältnisse tatsächlicher und rechtlicher Art, die sich unmittelbar auf die Kaufsache beziehen, können Sacheigenschaften wohl gleichgestellt werden. Da es sich in unserem Falle aber um Wertpapiere handelt, kann von solcher unmittelbaren Beziehung zur Kaufsache hier nicht die Rede sein. Eine Beziehung zwischen jenen Mängeln und den Aktien wird erst in zweiter Linie dadurch hergestellt, daß mit dem Papier auch das Recht verkauft wird [76]).

Die auf der Ansicht Hachenburgs fußenden Entscheidungen des RG, die den mit der Veräußerung aller Anteile verfolgten Zweck im Auge haben, also ganz auf die wirtschaftliche Seite des Vorgangs abstellen, halte ich, obwohl auch ihnen widersprochen worden ist [77]), für zutreffend, da sie der Verkehrsauffassung und den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen. Sie gehen alle davon aus, daß der Verkäufer

---

[74]) Komm. z. GmbH I 26 § 13 Anm. 1 S. 278.

[75]) So RG II v. 9. 3. 28 Bd. 120 S. 284, insbes. 287; ebenso RG Bd. 124 S. 164; RG II v. 2. 5. 30 i. DJZ 30 Sp. 1393; RG Bd. 100 S. 204; 98 S. 289; RG V v. 24. 10. 28 i. Höchstr. Rchtspr. 29 Nr. 193 u. RG I v. 10. 10. 28, aber nur für die Einmannges. Höchstr. Rchtspr. 29 Nr. 5; RG IV v. 7. 4. 30. Höchstr. Rchtspr. Nr. 1341 zustimmend Fuchs i. Jur.Woch. 28 S. 1584 z. Urt. v. 9. 3. 28; RG II v. 23. 5. 30 i. Höchstr. Rchtspr. 30 Nr. 1630.

[76]) So RG I v. 5. 11. 04 Bd. 59 S. 240 f.

[77]) Roth i. Jur.Woch. 28 S. 1392 f.; Neukirch i. Jur.Woch. 29 S. 1374.

der Anteile mehr als den Mantel des Unternehmens — in allen Entscheidungen sind es Grundstücke der Gesellschaften — erwerben will. Daher setzt das RG ausdrücklich voraus, daß es sich, sobald § 459 angewendet werden soll, um einen Mangel handeln müsse, der, wenn das Unternehmen selbst unmittelbar Gegenstand des Kaufs gewesen wäre, sich als ein Mangel des Kaufgegenstandes dargestellt hätte. Daraus geht zweierlei hervor, daß nämlich der Standpunkt des RG sich auf die den Entscheidungen zugrundeliegenden Fälle beschränkt (das wird dadurch bestätigt, daß das RG beim Verkauf nicht sämtlicher Anteile einer GmbH § 437 BGB anwendet [78])), und daß sie für die Frage der Haftung der Mantelverkäufer für Schulden des Mantels nicht in Betracht kommen.

Eine Verallgemeinerung des Standpunkts des RG mit Hilfe des im Urteil des RG vom 9. 3. 28 [79]) ausgesprochenen Grundsatzes, daß es auf den durch den Vertrag beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg ankomme, läßt sich für den Mantelkauf m. E. nicht begründen.

Mit dem Scheitern der bisherigen Versuche ist die Möglichkeit, eine Haftung der Mantelverkäufer zu begründen, noch nicht aufgegeben. Sie ist m. E. aus einer Garantieübernahme herzuleiten, die als ausdrücklich oder auch stillschweigend getroffene Nebenabrede des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages anzusehen ist. Eine solche Garantieübernahme liegt vor, wenn die Reinheit des Mantels von Schulden ausdrücklich garantiert wird. Mangels ausdrücklicher Abrede wird in jedem Falle auch eine stillschweigende Garantieübernahme des Verkäufers anzunehmen sein. Darauf deutet die besondere Art des Rechtsgeschäfts hin. Da der Ankauf des Gesellschaftsmantels in der Absicht erfolgt, die Haftung des Unternehmens einzugrenzen, haben die Mantelerwerber ein großes Interesse daran, den Mantel frei von allen Belastungen zu erlangen. Dahin geht ihr Geschäftswille, dessen Kenntnis beim Verkäufer vorausgesetzt werden darf. Daraus ist m. E. entsprechend § 444 BGB die Verpflichtung des Verkäufers zu begründen, die Erwerber des Mantels über die Schulden aufzuklären. Tut er das nicht, so wird sein Schweigen ursächlich für den Glauben des Erwerbers, es bestünden keine Verbindlichkeiten mehr. Das kommt aber m. E. in diesem Falle einer ausdrücklichen Zusage der Schuldenfreiheit gleich. Hierfür steht der Mantelverkäufer ein. Zwar ist es kaum vorstellbar, daß bei den Verkaufsverhandlungen nicht über etwaige Schulden des Mantels gesprochen werden sollte. Ist dem aber so, so kann der über die Verhältnisse des Mantels genau unterrichtete Mantelverkäufer, da die Haftung aus anderen Rechtsgründen versagt, nicht besser gestellt werden, als der Verkäufer einer Sache, der für deren Mängel sogar dann haftet, wenn sie ihm unbekannt gewesen sind.

Ist der Käufer zum Kauf des Mantels durch arglistige Täuschung des Verkäufers über die wahren Verhältnisse des Mantels bestimmt worden, so wird er außerdem weniger zum Hilfsmittel des § 123 BGB greifen, als zu § 826 BGB seine Zuflucht nehmen; denn die letzte Bestimmung nur gibt ihm den Schadensersatzanspruch, die erste Vorschrift dagegen verhilft zur Anfechtung und damit zur Nichtigkeit des Vertrages. Sie würde also den Mantelkauf rückgängig machen. Mit dieser Maßnahme träfen sich die Mantelkäufer aber selbst.

Durch diese Anfechtung können sich die Mantelkäufer auch nicht von der Einlage- oder Kapitaldeckungspflicht gegenüber einer GmbH, deren

[78]) Urt. v. 23. 5. 30 i. Höchstr. Rchtspr. 30 Nr. 1603.
[79]) RGZ 120 S. 287.

Anteile noch nicht voll eingezahlt waren, befreien, weil nach herrschender Rechtsprechung diejenigen Rechtshandlungen, durch die jemand die Mitgliedschaft bei einer AG oder GmbH erwirbt, der Anfechtung entzogen sind. Das gebietet einmal die notwendige Rücksichtnahme auf die Rechtssicherheit [80]), und andererseits würden durch diese Anfechtung die Haftungsbestimmungen des GmbHG, die zwingenden Rechtscharakter tragen, umgangen werden können.

Nach § 826 BGB ist der, welcher einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Nach dem soeben dargelegten muß man das Verschweigen der Schulden des Mantels seitens des Mantelverkäufers als Verstoß gegen die guten Sitten ansehen, wenn ihm die Beschaffenheit des Mantels bekannt gewesen ist. Das bewußte Schweigen des Verkäufers wird dann ursächlich für den Schaden des Käufers, der darin besteht, daß ein Teil des Gesellschaftskapitals zur Schuldentilgung verwandt werden muß und somit dem Betriebe entzogen wird. § 826 BGB ist mithin der zweite Rechtsbehelf des Mantelkäufers, wenn die Gesellschaft Mantelschulden bezahlen muß.

Haftet die Gesellschaft für die früheren Schulden des Unternehmens, dessen Hülle sie nach dem Verkauf abgibt? Zwei Fälle müssen unterschieden werden. Wird der Mantel für ein bestehendes einzelkaufmännisches oder für ein von einer Mehrheit natürlicher Personen geleitetes Unternehmen, das vom Zeitpunkt des Mantelerwerbs ab in der Form einer Gesellschaft fortgeführt wird, verwendet, so gelangt bei Fortführung der bisherigen Firma des einzelkaufmännischen Unternehmens § 25 Ab. 1 HGB unmittelbar zur Anwendung. Das Handelsgeschäft wird mit Aktiven und Passiven von der leeren Rechtsform, dem Mantel, einer anderen Rechtspersönlichkeit übernommen. Die AG oder GmbH haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Wird die Firma des mit dem Mantel umkleideten Unternehmens nicht fortgeführt, so tritt gemäß § 25 Abs. 3 die Haftung der Gesellschaft nur beim Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes, z. B. auf Grund der §§ 414, 415 BGB, ein. Ist dagegen der Mantel für ein erst zu gründendes Unternehmen erworben worden, so kann von einer Haftung schon deswegen keine Rede sein, weil in diesem Falle kein Handelsgeschäft vorhanden ist, das übernommen werden könnte.

Von nicht geringerer Bedeutung als die bisher aufgeworfenen Fragen ist die nach der Haftung der Mantelverkäufer für die Verbindlichkeiten des neuen Unternehmens, sei es, daß sie bei Abschluß des Vertrages bereits bestanden haben oder erst später eingegangen worden sind. Sie soll zunächst für das Recht der Aktiengesellschaft untersucht werden.

Den Bestimmungen des Aktienrechts gemäß kann die Haftung der Mantelverkäufer unter dem Gesichtspunkt der Haftung des Aktionärs für die Einzahlung des Aktienbetrages eintreten, die nach § 220 HGB auch den letzten und jeden früheren Rechtsvorgänger des Aktionärs betrifft. Die Vorschrift ist, da Mantelverkäufer und -erwerber zueinander im Verhältnis der Rechtsnachfolge stehen, ohne weiteres auf die Mantelverkäufer anzuwenden. Die Haftung ist von bestimmten Erfordernissen abhängig. Sie setzt zunächst voraus, daß der oder die Mantelerwerber

---

[80]) vgl. RGRKomm. 1934 § 123 Anm. 6, § 119 Anm. 7a, sowie Enneccerus I, 1 § 163 III.

als Aktionäre mangels Zahlung der Einlage ausgeschlossen worden sind. Der Ausschluß des Aktionärs richtet sich nach dem im § 219 HGB festgelegten Ausschlußverfahren. Erfolgt die Einzahlung auf die Aktie nicht rechtzeitig, so kann den säumigen Aktionären für die Zahlung eine Frist mit der Androhung bestimmt werden, daß sie nach dem Ablaufe der Frist ihres Anteilrechts und der geleisteten Einzahlungen verlustig erklärt werden, § 219 Abs. 1 HGB. Die Einzelheiten des Verfahrens regelt Absatz 2 dieser Bestimmung. Zahlt dann ein Mantelkäufer den auf die Aktie zu leistenden Betrag ungeachtet der Aufforderung nicht ein, so ist [81]) er seines Anteilsrechts und der geleisteten Einzahlungen für verlustig zu erklären. Der Mantelveräußerer haftet als Rechtsvorgänger des Mantelkäufers, soweit der ausgeschlossene Erwerber den von der Gesellschaft eingeforderten Betrag nicht zahlt (§ 220 Abs. 1 Satz 1 HGB). Wenn auch vom Mantelverkäufer Zahlung nicht zu erlangen ist — was bei Nichtzahlung innerhalb eines Monats nach Zahlungsaufforderung und Benachrichtigung von dieser an den Rechtsvorgänger vermutet wird [82]), — so ist auch der frühere im Aktienbuche verzeichnete Aktionär der Gesellschaft verhaftet [83]). Haben die Mantelverkäufer also z. B. nicht oder nur einen Teil des Nennwerts der Aktien eingezahlt, den Mantel verkauft, und können die Mantelkäufer infolge Zahlungsschwierigkeiten den durch die Gesellschaft auf die Aktien eingeforderten Betrag nicht bezahlen, so werden nach Ausschluß der Mantelkäufer als Aktionäre die Verkäufer haftbar. Haben die Erwerber die Aktien aus den Händen weniger Personen oder aus einer Hand erstanden, so kann unter Umständen die Haftung der Mantelverkäufer einen größeren Umfang erreichen. Über den Nennwert der Aktien hinaus ist aber eine Haftung kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt, § 211 HGB.

Vom Aktienrecht verschieden kennt das GmbHG eine weitergehende, sogenannte Vormännerhaftung. Die einschlägigen Bestimmungen sind in den §§ 21 bis 25 GmbHG enthalten. Sie sind ebenso wie § 220 HGB aus dem S. 22 bezeichneten Grunde auf das Verhältnis zwischen Mantelkäufer und -verkäufer unmittelbar anwendbar.

Gemäß § 22 GmbHG kann den letzten und die früheren Rechtsvorgänger eines jeden Gesellschafters (Mantelerwerbers) die Pflicht zur Zahlung der Stammeinlage treffen. Voraussetzung ist, daß sowohl die Mantelverkäufer wie die Mantelkäufer die Einlagen zumindest nicht voll bezahlt haben, der oder die Erwerber als letzte Gesellschafter nach vergeblicher Zahlungsaufforderung im Wege des im § 21 GmbHG beschriebenen, im wesentlichen dem des Aktienrechts gleichenden Ausschlußverfahrens ausgeschlossen worden sind, und der oder die ausgeschlossenen Gesellschafter den Betrag ihrer Stammeinlage nicht bezahlt haben, §§ 21 Abs. 3, 22 Abs. 1 GmbHG. Die Haftung erstreckt sich auf die rückständigen und die etwa später eingeforderten baren Einzahlungen, solange der Geschäftsanteil nicht veräußert ist.

Wurden die gesamten noch nicht voll bezahlten Geschäftsanteile von einem einzigen Gesellschafter veräußert, so haftet nach Ausschluß der oder des Erwerbers nur der eine frühere Gesellschafter, der Verkäu-

[81]) Das Ausschlußverfahren kann, es muß nicht eingeleitet werden, vgl. Staub II 14. Aufl. § 219 Anm. 2 S. 199.

[82]) § 220 I S. 2 HGB.

[83]) § 220 I S. 1 HGB.

fer, und zwar in Höhe der Summen der Fehlbeträge der einzelnen Anteile. Ist von diesem früheren Gesellschafter keine Zahlung zu erlangen, so treten an seine Stelle sein oder seine Rechtsvorgänger.

Bei der Inanspruchnahme mehrerer Verkäufer eines GmbHMantels auf Grund der Verpflichtung zur Zahlung der Einlage kann zunächst der Fall eintreten, daß alle zahlungsfähig sind. Jeder von ihnen hat dann den noch nicht eingezahlten Teil seiner Einlage oder Einlagen zu entrichten. Soweit Zahlung von einem der Verkäufer nicht zu erlangen ist, wann das der Fall ist, besagt § 22 Abs. 2 GmbHG, ist dessen Rechtsvorgänger der Gesellschaft verhaftet. Ist Zahlung des rückständigen Betrages weder von dem einen Mantelverkäufer noch dessen Rechtsvorgänger zu erlangen, so hat die Gesellschaft die Befugnis, den Geschäftsanteil im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen zu lassen, § 23 GmbHG. Mit dieser Regelung dürfte die Gesellschaft und damit auch die Gläubigerschaft der Gesellschaft zum Ziele kommen, jedenfalls dann, wenn die Anteile oder Aktien überhaupt noch etwas wert sind und ersteigert werden. Es ist aber immer noch mit der Möglichkeit zu rechnen, daß auch durch den öffentlichen Verkauf in der Versteigerung Stammeinlagen nicht voll gedeckt werden. Für diesen Fall, soweit also eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, bestimmt § 24 GmbHG, daß den Fehlbetrag die übrigen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen haben. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung, der die Haftung den „übrigen Gesellschaftern" auferlegt, ist § 24 nicht ohne weiteres auf die Mantelverkäufer anwendbar; denn durch den Verkauf des Mantels ist die Gesellschaftereigenschaft gerade von diesen auf die Käufer übergegangen. So ist denn auch die Auffassung vertreten worden, daß die „übrigen Gesellschafter" diejenigen seien, die beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des § 24 vorhanden sind. Somit würden von der Haftung nur diejenigen betroffen, die zu dieser Zeit Gesellschafter sind [84]). Hiernach käme eine Haftung der Mantelverkäufer nicht in Betracht. Diese Ansicht gibt jedoch zu Bedenken Anlaß. Insbesondere ist angeführt worden [85]), daß der Zeitpunkt, der für die Kollektivhaftung bestimmend sein soll, sehr schwankend ist. Tatsächlich hängt er von der Länge der Ausschlußfrist, von dem Zeitpunkt, in dem die Ausschließung ausgesprochen und auf den die Versteigerung festgesetzt wird, ab. Die praktische Folge dieser Erwägung vor allem muß zur Ablehnung der angeführten Auffassung führen. § 24 GmbHG bezweckt, die Aufbringung des Stammkapitals zu sichern; mit der angeführten Auslegung des Begriffs der „übrigen Gesellschafter" wird gerade die Vereitelung dieser Haftung begünstigt; denn der Gesellschafter einer schlechtstehenden Gesellschaft, der die ihm drohende Kollektivhaftung bemerkt, sieht zu, daß er seinen Geschäftsanteil verkauft. Da man die Veräußerung des Geschäftsanteils an einen zahlungsunfähigen Erwerber nicht als Scheingeschäft auffassen kann, weil der Verkäufer es ernst mit dem Geschäft meint, würde er damit nicht nur der drohenden Haftung entgehen, sondern zugleich würde auch § 25 GmbHG überflüssig sein. Könnte der Gesellschafter sich durch Veräußerung des Geschäftsanteils der Haftung entledigen, so

[84]) Staub II 1. Aufl. § 24 Anm. 4, 166 und Neukamp, Komm. § 24 Anm. 3.

[85]) Hachenburg, Komm. z. GmbHG I 26 § 24 Anm. 12 S. 435.

brauchte diese Vorschrift die Befreiung von der aushilflichen Kapitaldeckungspflicht nicht noch ausdrücklich auszuschließen. Aus diesen Gründen geht die Ansicht Hachenburgs [86]) dahin, daß die Verpflichtung zur Zahlung der Stammeinlage für alle Gesellschafter entsteht, sowohl für den augenblicklichen als auch für den, der bei Uneinbringlichkeit in zweiter Linie für sie aufkommt.

Diese Auffassung vermeidet die unpraktischen Folgen der Meinung Staubs. Sie wird von Brodmann [87]) und vom OLG Braunschweig [88]) geteilt. Der Vorhalt von Neukamp [89]), die Ansicht stehe im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes, ist mit dem Hinweis auf § 16 Abs. 3 GmbHG haltlos, nach welchem im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils für die auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen zur Zeit der Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft der Erwerber neben dem Veräußerer haftet. Hier ist die gemeinsame, nicht die aushilfliche Haftung des Veräußerers ausgesprochen. Der Erwerber tritt als weiterer Verpflichteter neben den Veräußerer. Die Deckungspflicht aus § 24 GmbHG wird durch die Voraussetzungen, an die sie gebunden ist, nicht zu einer erst künftigen Haftung, ebensowenig wie die Fälligkeit einer verbürgten Forderung für den Bürgen, dem die Vorausklage zusteht, erst mit der Durchführung eintritt [90]).

Tritt man dieser zuletzt angeführten Auffassung Hachenburgs bei, so werden auch die Veräußerer eines GmbHMantels von der Verpflichtung des § 24 GmbHG betroffen, den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihrer Anteile aufzubringen. Unter Umständen entsteht die Kapitaldekkungspflicht in einer Person, nämlich dann, wenn die Geschäftsanteile vor dem Verkauf sich in wenigen Händen befunden haben und alle Verkäufer bis auf einen die Zahlung auf den restlichen Betrag des Geschäftsanteils nicht haben bewirken können. Der zahlungsfähige Verkäufer hat dann allein sämtliche Einlagen, soweit sie noch nicht eingezahlt waren, und damit die Schulden der Gesellschaft zu tragen. Praktisch beschränkt sich die Schuldenhaftung auf die Höhe des Stammkapitals. Das hat schlimmstenfalls ein Mantelverkäufer allein aufzubringen.

Ist das Stammkapital nach Abschluß des Kaufvertrages über den Gesellschaftsmantel durch die Erwerber erhöht worden, so fragt es sich, ob der Mantelverkäufer als Rechtsvorgänger der Gesellschafter auch für den Ausfall des nach seinem Ausscheiden erhöhten Stammkapitals haftet. Die Frage ist bestritten [91]) und wird mit Liebmann [92]) in unserem Falle verneinend zu entscheiden sein. Die Haftung trifft nicht die alten Gesellschafter, welche einer späteren Kapitalerhöhung nicht zugestimmt haben; denn sie sind nur Gesellschafter geworden mit der Verpflichtung,

---

[86]) a. a. O.

[87]) Komm. z. GmbHG § 24 Anm. 3.

[88]) Urt. v. 14. 7. 16 OLGR 16 S. 387; so auch Liebmann-Saenger § 24 Anm. 3 S. 151; Crüger-Crecelius § 24 Anm. 1.

[89]) Neukamp a. a. O.

[90]) Hachenburg a. a. O.

[91]) RG 82 S. 116: Die alten Gesellschafter haften auch für die Fehlbeträge aus Kapitalerhöhungen. So auch OLG Karlsruhe, Rspr. 14 S. 365; OLG Dresden i. SeuffA 73 S. 202; Neukamp, Becker a. a. O. Anm. 2b, ee, zu § 55. Gegen RG: Staub-Hachenburg GmbHG 4. Aufl. § 24 Anm. 16 f.; Flechtheim DJZ 14 S. 90: Der Gesellschafter ist nur für den Teil des Stammkapitals haftbar, von welchem er eine Stammeinlage übernimmt. Ebenso Hachenburg GmbHG 5. Aufl. I 26 § 24 Anm. 17; KGRecht 12 Nr. 3149.

[92]) Liebmann-Saenger a. a. O. § 24 Anm. 5 S. 152.

das bei ihrem Eintritt festgestellte Kapital aufzubringen. Sie können gegen ihren Willen nicht zu weiteren Leistungen verpflichtet werden (§ 53 Abs. 3 GmbHG) und der § 24 GmbHG darf nicht so weit ausgedehnt werden, daß er eine unbegrenzte Haftbarkeit für alle Zukunft festsetzt [93]).

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß ein Mantelverkäufer — von ABCD z. B. A — für das zur Zeit des Verkaufs des Mantels nach dem Gesellschaftsvertrage zahlenmäßig bestimmte Stammkapital einzustehen hat, wenn die zur Zeit der Einforderung des Kapitals vorhandenen Gesellschafter (Erwerber) die Zahlung nicht bewirkt haben, gegen sie der Ausschluß gemäß § 21 GmbHG erfolgt ist, ferner der Anspruch der Gesellschaft gegen die übrigen Rechtsvorgänger der ausgeschlossenen Gesellschafter — Mantelverkäufer BCD — und deren etwaige Rechtsvorgänger nach § 22 GmbHG vergeblich geltend gemacht, der Verkauf gemäß § 23 GmbHG erfolgt und erfolglos gewesen, und die Ausgeschlossenen selbst nach § 21 Abs. 3 GmbHG für deren Ausfall fruchtlos in Anspruch genommen oder die letzten drei Möglichkeiten von vornherein als aussichtslos zu betrachten sind.

Unternehmenszusammenschlüsse, Vereinigungen selbständiger Unternehmen, Kartelle, Interessengemeinschaften, Konsortien, die eine bürgerlich rechtliche Gesellschaft, einen rechts- oder nicht rechtsfähigen Verein bilden, verwenden häufig einen Gesellschaftsmantel zwecks Errichtung einer AG oder GmbH, mit der sie sich unter eigener Rechtspersönlichkeit am wirtschaftlichen und am Rechtsverkehr beteiligen können. Von den gewöhnlichen Kapitalgesellschaften unterscheiden sich die hier näher zu betrachtenden dadurch, daß ihr Tätigkeitskreis begrenzt ist. Nur bestimmte, den sie beherrschenden Verbänden zustehende Funktionen vorwiegend verwaltungsmäßiger Natur sind ihnen zur Ausführung übertragen. Sie überwachen z. B. die Einhaltung der Kartellpflichten durch die Mitglieder oder haben bei Preis- und Konditionenkartellen den Erwerb und die Geltendmachung von Rechten z. B. Vertragsstrafen zur Aufgabe. Als geschäftsführendes Organ eines Verkaufs- oder Einkaufsyndikats oder einer Zweckgemeinschaft schließen sie Kaufverträge ab und sorgen für den Absatz [94]).

Man kann diese Art von Gesellschaften, weil sie lediglich Organfunktionen ausüben, als Organgesellschaften bezeichnen [95]). Die Organgesellschaft ist zwar selbständig und tritt nach außen als selbständiger Kaufmann auf, ist aber im Innenverhältnis ein unselbständiges Glied im Organismus des Verbandes [96]). Sie nimmt in Bezug auf das Vermögen des Verbandes ein Angestelltenverhältnis ein [97]). Die Geschäfte, die sie abschließt, werden für fremdes Interesse wahrgenommen [98]). Dem Begriff nach ist sie eine Gesellschaft, die im eigenen Namen Geschäfte tätigt, dabei aber fremde Interessen wahrnimmt und ihren Betrieb nach fremden Weisungen führt [99]). Ein anderes Gebilde ist die Tochter- (= abhängige) gesellschaft. Während der Organgesellschaft von der Herrschaftsperson einzelne besonders begrenzte geschäftliche Aufgaben übertragen werden, ist unter der Tochtergesellschaft jede Handelsgesell-

[93]) Liebmann-Saenger a. a. O. § 24 Anm. 5 S. 152.
[94]) Friedländer, Konzernr. S. 64/78 und Jur.Woch. 28 S. 1550.
[95]) Hamburger, die Organgesellschaft, a. a. O. S. 261 f.
[96]) Hamburger a. a. O. S. 317.
[97]) Haussmann Grdlegg. d. R. d. Unternehmenszusammenfassungen S. 103.
[98]) [99]) Hamburger a. a. O. S. 317.

schaft zu verstehen, die auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer AG oder KgaA steht[100]). Sie ist eine Erscheinung des Konzernrechts[101]). Hier soll nur von der Organgesellschaft gesprochen werden.

Die rechtliche Zulässigkeit der Organgesellschaft im allgemeinen ist nicht zweifelsfrei. Da es sich hier nur um Organgesellschaften handelt, die aus einem Mantelkauf hervorgegangen sind, ist die Prüfung der Zulässigkeit auf den Fall zu beschränken, daß die Herrschaftsperson — wie es beim Mantelkauf nicht anders sein kann — sämtliche Anteile der Organgesellschaft inne hat. Festzustellen ist zunächst, daß nach der Entscheidung des RG II. ZS, Beschl. v. 4. 7. 22 in Bd. 105 S. 101 die Frage, ob eine Kaptialgesellschaft überhaupt zum Organ einer Körperschaft bestellt werden kann, zumindest für die Praxis in bejahendem Sinne entschieden ist[102]). Bedenken gegen die Zulässigkeit der Organgesellschaft tauchen wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit auf. Besitzt die AG oder GmbH, die tatsächlich nur ein völlig unselbständiger Bestandteil eines anderen Wirtschaftskörpers ist, überhaupt noch den Charakter der selbständigen Gesellschaft? Die Entscheidung der Frage kann nur davon abhängen, ob die Voraussetzungen, die vom Gesetz für die Entstehung oder den Fortbestand der GmbH gefordert werden, gegeben sind[103]). Auch bei der Organgesellschaft müssen diese als gewahrt angesehen werden. Der Gegenstand des Unternehmens kann von den Gesellschaftern beliebig ausgedehnt und eingeschränkt werden. Nimmt die Gesellschaft in ihre Satzung die „Verwaltung und Geschäftsführung des Kartells X" auf, so hat sie eben nur diesem Zweck nachzugehen und ist in der Erfüllung ihrer Aufgabe von fremden Einflüssen frei. Neben der Frage der Zulässigkeit der Organgesellschaft liegt die in der Entscheidung des RG Bd. 82 S. 308 aufgeworfene. Dort hat das RG ausgesprochen, daß ein Vertrag, durch den eine juristische Person zu Gunsten einer anderen geknebelt werde, in gleichem Maße unwirksam sei, wie ein derartiger Vertrag zwischen natürlichen Personen. Dieser Fall betrifft nur die abhängige Gesellschaft und setzt die Knebelung einer Gesellschaft voraus, die bei der Organgesellschaft in dem Sinne nicht vorliegt. Der Zweck der Organgesellschaft erfordert eine Unterwerfung unter den Willen der fremden Herrschaftsperson. Die Abhängigkeit ist nicht zu verwerfen, soweit sie nicht über das zur Erreichung des Zweckes erforderliche hinausgeht[104]). Befinden sich sämtliche Anteile der Organgesellschaft in der Hand der Herrschaftsperson, so kann das Organverhältnis auch etwa wegen Schädigung der Interessen der Gesellschafter nicht wider die guten Sitten verstoßen[105]). Die

---

[100]) Staub-Pinner § 226 Anm. 26a S. 244 (14. Aufl.).

[101]) Friedländer Jur.Woch. 28 a. a. O.

[102]) Hier ist gesagt, daß eine GmbH persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditges. sein kann. Vgl. auch RFH I. Urt. v. 11. 8. 26 i. DJZ 27 Sp. 321; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14. 6. 25 Jur.Woch. S. 2017, 2338; KG i. OLGR 42 S. 214 u. 40 S. 189. Ebenso Molitor i. Festschrift für Ehrenberg 27 S. 41, insbes. S. 55/56; Staub-Bondi I 26 S. 603; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 20; Brand HGB 11 Anm. 2 zu § 105; Feine a. a. O. S. 473; Hamburger S. 270; Haussmann, Tochterges. 77 f., 118, 121; Rosendorff, Rechtl. Org. der Konzerne S. 108 f.

[103]) Hamburger S. 288.

[104]) Molitor a. a. O. S. 57; Haussmann, Tochtergesellschaft S. 22; ders., Recht der Unternehmenszusammenfassungen S. 148; Flechtheim, Rechtl. Org. der Kartelle S. 56.

[105]) Hamburger S. 288.

Organgesellschfat dient ja gerade und nur ihrem Kartell oder ihrer Interessengemeinschaft. — Damit ist für den Mantelkauf die Frage der Zulässigkeit der Organgesellschaft entschieden[106]). Die Frage wird nur da bedeutsam, wo ein Organverhältnis mit Personen eingegangen wird, die nicht Gesellschafter sind, oder wo die Herrschaftsperson nicht Inhaberin sämtlicher Anteile der Organgesellschaft ist[107]).

Der Zweck dieser und der folgenden Ausführungen ist die Untersuchung, inwieweit die gewonnenen Ergebnisse der erörterten Haftungsfragen für Organgesellschaften zutreffen.

Bezüglich der Vormännerhaftung der Mantelverkäufer ergibt sich zunächst dieselbe Rechtslage wie bei jeder anderen gewöhnlichen AG oder GmbH. Ist von den Erwerbern die noch ausstehende Einlage nicht zu erlangen, so sind, wie ausgeführt, die Mantelverkäufer gemäß § 220 HGB, §§ 22, 24 GmbHG zur Zahlung verpflichtet.

Das Mißverhältnis, daß hierbei zwischen dem als Entgelt für den Mantel gezahlten Kaufpreis und der Höhe des Haftungsbetrages entstehen kann, mag folgendes Beispiel zeigen. Das Kartell K, rechtsfähiger Verein, erwirbt den Mantel einer GmbH von zwei Verkäufern A und B für 1000 RM. Die Höhe des Stammkapitals beträgt nach dem Gesellschaftsvertrag 600 000 RM. Es zerfällt in sechs Anteile zu je 100 000 RM. A und B besaßen zusammen alle sechs Anteile. Bei Veräußerung des Mantels waren von ihnen lediglich 100 000 RM eingezahlt. Noch im ersten Geschäftsjahr fordert die in Konkurs geratene Organgesellschaft durch den Konkursverwalter ihren derzeitigen Gesellschafter, das Kartell K auf, die restliche Einlage zu entrichten. Mangels Zahlung, ohne daß Zahlungsunfähigkeit der im Kartell zusammengeschlossenen Unternehmen vorzuliegen braucht, wird K als Gesellschafter ausgeschlossen. Ist nun der eine Mantelverkäufer A imstande, die auf ihn entfallenden Stammanteile einzuzahlen, B dagegen zahlungsunfähig, und kann der Ausfall, der durch die Nichtzahlung der den Stammeinlagen B's entsprechenden Beträge entsteht, weder von den Rechtsvorgängern von B, noch durch Verkauf gemäß § 23 GmbHG gedeckt werden, so ist A gemäß § 24 GmbHG der Organgesellschaft — oder deren Gläubigern, die die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen können — zur Leistung verpflichtet, sodaß er im ganzen 500 000 RM aufbringen muß. Je nach der Lage des einzelnen Falles ist es also möglich, daß ein Mantelverkäufer wenige Hundert Mark als Kaufpreis für den Mantel erhält und hinterher in die Lage kommen kann, für eine in Beziehung zum Kaufpreis unverhältnismäßig hohe Summe auf Grund der aushilfsweisen Kapitaldekkungspflicht einzustehen. Es liegt auf der Hand, daß der gegen den Mantelverkäufer erhobene Anspruch unter Umständen eine große Härte bedeutet. Besonders bei der Kapitaldeckungspflicht gemäß § 24 GmbHG wird die Frage nach einem Tilgungsgrund laut.

Gemäß § 22 Abs. 3 GmbHG ist die Geltendmachung der Ansprüche gegen die Mantelverkäufer an eine Ausschlußfrist von fünf Jahren gebunden; werden also gegen die früheren Gesellschafter innerhalb dieser Zeit keine Ansprüche erhoben, so werden die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber befreit. Der Nachweis, daß innerhalb der Ausschlußfrist geklagt wird, gehört zum Klaggrund und ist damit von Amts wegen zu berücksichtigen. Weitere gesetzliche Maßnahmen sind nicht gegeben.

[106]) Dafür Hamburger, Molitor, Feine a. a. O., Friedländer Jur.Woch. 28 S. 1550.

[107]) Hamburger a. a. O.

Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage oder durch einen Akt des Geschäftsführers oder durch Gesellschafterbeschluß herbeigeführte Abmachungen, die die Zusicherung der Nichtinanspruchnahme seitens der Gesellschaft zum Inhalt haben oder sonst auf eine Befreiung von den Pflichten der §§ 22 bis 24 GmbHG hinauslaufen, sind im Hinblick auf § 25 GmbHG bedeutungslos [108]). Diese Vorschrift erklärt die vorangehenden, die Vormännerhaftung regelnden Bestimmungen für solche zwingenden Rechts. Mantelverkäufer und -käufer werden mitunter im Vertrage ausmachen, daß die Schulden des alten Unternehmens, die noch auf dem Mantel lasten, durch die Verkäufer zu tilgen sind, und daß dafür die Verkäufer von der Einforderung der Stammeinlagen befreit sein sollen. Diese, die Beziehungen zwischen Mantelverkäufer und -käufer regelnde Abrede ist regelmäßig nur unter den Vertragschließenden von Bedeutung und gewährt den Mantelverkäufern gegenüber der Gesellschaft ohne weiteres keine Einrede. Es ist jedoch zu prüfen, ob nicht im angenommenen Falle der Zusicherung der gegenseitigen Nichtinanspruchnahme die Anwendung der allgemeinen Arglisteinrede gegenüber der Gesellschaft zu gestatten ist.

Die exceptio doli generalis stammt aus dem römischen Recht. Während ursprünglich jede Einrede, die sich gegen die vom Kläger im Bewußtsein der Unredlichkeit erhobene Klage richtete, zur exceptio doli wurde, wurde später die exc. doli gen. ohne Rücksicht auf die Gesinnung des Klägers gewährt, so oft die Geltendmachung eines formell zu Recht bestehenden Anspruchs mit dem Rechtsgefühl nicht zu vereinbaren war oder Treu und Glauben widersprach [109]). In dieser Form ist die exc. doli gen. im gemeinen Recht angewandt worden. Von da ist sie in das moderne Recht übergegangen. Im BGB ist sie ausdrücklich zwar nicht berücksichtigt, wohl aber liegt z. B. den §§ 157, 242 BGB der Rechtsgedanke zugrunde, daß der, welcher seinen Vertragsgenossen gegenüber ein Verhalten einschlägt, das mit Treu und Glauben unvereinbar ist, arglistig handelt. Die Rechtsprechung des RG und eine große Zahl von Schriftstellern [110]) gewährt entsprechend § 242 BGB dem Schuldner die exc. doli gen. in einer bestimmten Reihe von Einzelfällen, die hier durch ihre besondere Lagerung nicht in Betracht kommen. Darüber hinaus ist aber aus dem das ganze BGB durchdringenden Bestreben, Treu und Glauben zu schützen, ihre allgemeine Anwendbarkeit zu folgern, so oft die Geltendmachung des Anspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen würde [111]).

Ist das bei der Kollektivhaftung der Fall? Der gegen den Mantelverkäufer aus § 24 GmbHG geltendgemachte Anspruch verstößt m. E. dann gegen Treu und Glauben, wenn die Gesellschaft zu einer Herrschaftsperson im Abhängigkeitsverhältnis steht, und die wirtschaftlichen Machthaber, die an der Herrschaftsperson Beteiligten, die die Vorteile der Organgesellschaft genießen, tatsächlich in der Lage sind, die zur Deckung von Schulden der Gesellschaft eingeforderten Zahlungen auf die Geschäftsanteile zu leisten. Der Verstoß gegen Treu und Glauben ist darin zu sehen, daß die nach außen hin zwar selbständige Organgesellschaft vermögenslos und als Angestellte für Rechnung des Verbandes tätig ist, und die in diesem zusammengeschlossenen Unterneh-

[108]) § 134 BGB; Hachenburg GmbHG I 26 S. 444.
[109]) [111]) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lhrb. des BR I, 2 1931 S. 696.
[110]) Nachweise ebenda und bei Max Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr 30 S. 18.

men als eigentliche Vermögensträger sich hinter der Form der Organgesellschaft verbergen und sich, obwohl sie ohne Schwierigkeiten imstande wären, das erforderliche Kapital aufzubringen, darauf berufen, daß das Kartell als Inhaber der Geschäftsanteile der Organgesellschaft mit seinem Vereinsvermögen allein hafte, und eine Haftung der beteiligten Unternehmungen als Kartellmitglieder formell nicht bestehe [112]). Wäre es anders, so verstieße wohl das Organverhältnis gegen § 138 BGB. Das mindeste an Kapital, das der Organgesellschaft zugestanden werden muß, ist das Stammkapital [113]).

Das gewonnene Ergebnis steht im Einklang mit den in verschiedenen Entscheidungen des RG und des RFH zum Ausdruck gekommenen Auffassungen. In der Rechtsprechung zum Preuß. und zum Reichsstempelsteuergesetz haben RG und RFH den Nachdruck auf wirtschaftliche Vorgänge und Erfolge gelegt und die rechtliche Konstruktion des steuerrechtlich zu erfassenden wirtschaftlichen Vorgangs nicht entscheidend sein lassen [114]). Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise des RG erstreckte sich jedoch nur auf die Rechtsprechung zu den genannten Gesetzen und das RG hat insbesondere da von einer wirtschaftlichen Auslegung abgesehen, wo jemand zwischen sich und den Verkehr eine AG oder GmbH, deren sämtliche Anteile er besitzt, als Zwischenglied einschiebt [115]). Denselben Weg ging zunächst auch der RFH [116]). In der neueren Rechtsprechung hat der RFH, gestützt auf § 4 RAO, jedoch seinen Standpunkt aufgegeben und betont, daß es für das Steuerrecht darauf ankomme, die Auswirkung wirtschaftlicher Kräfte steuerrechtlich zu erfassen, nicht leere Rechtsformen zu treffen [117]). In der Entscheidung Bd. 14 S. 303 wird denn auch eine Gesellschaft, hinter der sich der eigentliche wirtschaftliche Unternehmer verbirgt, geradezu als Maske bezeichnet. — Wird daher die Inanspruchnahme des Mantelverkäufers durch eine Organgesellschaft unter Berücksichtigung ihrer besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse gewertet, so kann man unbedenklich sagen, daß die Geltendmachung des Anspruchs aus § 24 GmbHG den hergebrachten und im Wirtschaftsleben ausgeprägten Begriffen von Treu und Glauben widerspricht, solange die an der Herrschaftsperson Beteiligten selbst zahlungskräftig sind.

Der Fall kann aber auch so liegen, daß die dem Kartell oder der Interessengemeinschaft angehörenden Unternehmen ohne Mittel dastehen und es ihnen nicht möglich ist, der Organgesellschaft die auf die Stammeinlage noch restlichen Beträge zur Verfügung zu stellen. In die-

---

[112]) Das ergibt sich für den rechtsfähigen Verein aus § 164 BGB und für den nicht rechtsfähigen daraus, daß die Haftung durch Vereinbarung mit dem Gläubiger, der Organgesellschaft, auf das Vereinsvermögen beschränkt werden kann, Enneccerus I, 1 26 § 109 III, 3b S. 271.

[113]) Darüber hinaus wird von Hamburger S. 317 die Ansicht vertreten, daß die Herrschaftsperson verpflichtet sei, die Organgesellschaft allgemein in die Lage zu versetzen, ihren Verpflichtungen, soweit sie im Rahmen des Organverhältnisses eingegangen und nicht durch Verschulden der Gesellschaft entstanden sind, Dritten gegenüber gerecht zu werden.

[114]) RG 76, 66; 80, 181; 84, 17. RFH 4 S. 212 f.; Steuer u. W. 26 Sp. 895; weitere Nachweise bei Merk, RG u. Steuerr. i. RGPrax. i. d. Rechtsleben; Festgabe der jur. Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des RG IV 29 S. 84.

[115]) RG 62, 70 ff.; 79, 108 f.

[116]) RFH 7, 208 f.

[117]) RFH 13, 343; ebenso Enno Becker RAO § 79 Anm. 11.

sem Falle kann in dem gegenüber den Mantelverkäufern erhobenen Anspruch der Organgesellschaft auf Einzahlung der Geschäftsanteile kein Verstoß gegen die guten Sitten gesehen werden, da ihr tatsächlich nichts weiter übrigbleibt, als die Mantelverkäufer in Anspruch zu nehmen.

Ob die exc. doli gen. den früheren Gesellschaftern einer GmbH zu gewähren ist, die nicht Organgesellschaft ist, die also im Wirtschaftsleben die gewöhnliche Stellung einnimmt, ist nicht ohne weiteres im bejahenden oder verneinenden Sinne zu entscheiden. Dafür würde sprechen, daß der Vormann gemäß § 24 GmbHG auf einen viel höheren Betrag in Anspruch genommen wird, als den, welchen er durch den Verkauf der Anteile selbst erlangt. Dieser Umstand allein rechtfertigt aber m. E. nicht die Anwendung der exc. doli gen. Mit dem Platzgreifen der Arglisteinrede würde die Vorschrift, die gemäß § 25 GmbHG zwingenden Rechts ist, aufgehoben. Besondere Gründe, die die Anwendung der exc. bei der Organgesellschaft der besonderen Verhältnisse wegen erforderlich machen, sind in diesem Falle nicht gegeben. Die Anwendung der exc. doli gen. ist daher in den eben genannten Fällen zu versagen.

Die allgemeine Arglisteinrede, deren Vorliegen der Richter nach seinem Ermessen zu prüfen hat, kann und soll daher nur der Organgesellschaft gegenüber Platz greifen, solange die zum Verbande gehörigen Wirtschaftsgruppen über die Mittel zur Befriedigung der Interessen der Organgesellschaft verfügen.

Die zwingende Vorschrift des § 24 GmbHG würde diesem Ergebnis nicht entgegenstehen. Zwar erfordert der Zweck der Gesetze, daß, soweit zwingende Gesetzesvorschriften vorhanden sind, der einzelne die aus der Starrheit derartiger Vorschriften sich ergebenden Härten auf sich nehmen muß, ohne sich auf die Unbilligkeit berufen zu können [118]). Die Entwicklung des Rechtsverkehrs hat jedoch dazu geführt, daß zwingende Gesetzesvorschriften auch durch Berufung auf Treu und Glauben im Verkehr außer Kraft gesetzt werden können. In mehreren Fällen arglistigen Verhaltens einer Partei hat das RG die Anwendung der exc. doli gen. bejaht nicht nur gegen rechtskräftige Urteile und Beschlüsse der Gerichte [119]), sondern auch gegen zwingende Gesetzesbestimmungen. So hat es z. B. die Replik der Arglist gegen eine aus der vollendeten Verjährung abgeleitete Einrede gewährt [120]). Des besonderen Verhältnisses zwischen Organgesellschaft und Herrschaftsverband wegen rechtfertigt sich m. E. auch die Erhebung der Einrede gegenüber dem Anspruch der Organgesellschaft aus der aushilfsweisen Kapitaldeckungspflicht der Mantelverkäufer.

Die Arglisteinrede, die aus der Vereinbarung zwischen Mantelverkäufer und -käufer entstanden ist, kann auch der Gesellschaft, also einer dritten Person entgegengesetzt werden. Aus dem schuldrechtlichen Charakter der Einrede könnte man schließen, daß Dritten gegenüber die exc. doli gen. nicht geltendgemacht werden kann. Das BGB — im Schrifttum ist dieser Fall noch nicht behandelt — gewährt aber z. B. dem Schuldner die Einwendungen, die er gegen seinen Gläubiger hat, auch nach der Abtretung der Forderung gemäß § 404, 405 BGB dem Rechtsnachfolger, dem neuen Gläubiger, nicht nur dem Einziehungsbevollmächtigten gegenüber. Ebenso greifen beim Wechsel die Einreden,

---

[118]) Max Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr S. 100/101.
[119]) RG 69 S. 280; 75 S. 214; 78 S. 393.
[120]) RG 64 S. 222/3; ebenso 87 S. 281 f.

die gegen den Indossanten bestehen [121]), gegenüber dem Inkassoindossatar durch. Beides sind Fälle, in denen schuldrechtliche Einreden Dritten gegenüber geltend gemacht werden können. Es soll nicht verkannt werden, daß der zum Inkasso Bevollmächtigte für den Gläubiger, gegen den sich die Einreden richten, einzieht, in Wirklichkeit also die Einreden gegenüber dem Vertragsgegner geltendgemacht werden. Nicht anders dürfte aber auch unser Fall liegen. Die Organgesellschaft nimmt trotz ihrer formal selbständigen Rechtspersönlichkeit zu dem Verbande, der Mantelkäufer ist oder sie vereinigt, insofern eine ähnliche Stellung wie der Einziehungsbevollmächtigte ein, als sie lediglich Interessen des Verbandes wahrnimmt.

Wird im Gesellschaftskonkurse ein Mantelverkäufer auf Grund der aushilflichen Kapitaldeckungspflicht nach § 24 GmbHG in Anspruch genommen, so erhebt sich die Frage der Anwendbarkeit der exc. doli gen. gegenüber dem Konkursverwalter. Während die Frage, inwieweit persönliche Verpflichtungen des Gemeinschuldners den Konkursverwalter binden, streitig ist [122]), herrscht über unsere, die einen Anspruch der Konkursmasse betrifft, durchaus Klarheit. Allgemein findet sich bei Jaeger die Meinung vertreten, daß der Konkursverwalter bei Ausübung der zur Masse gehörenden Vermögensrechte des Gemeinschuldners an deren Lasten und Beschränkungen gebunden ist [123]). Dieser Satz ist eine notwendige Folge der Auffassung, die im Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sieht. Das RG, nach dessen Ansicht der Konkursverwalter eine Organstellung einnimmt [124]), ist der gleichen Auffassung wie Jaeger. Der Konkursverwalter kann nicht mehr und nicht andere Rechte geltendmachen als der Gemeinschuldner [125]). Ein Eingehen auf den Theorienstreit erübrigt sich demnach. Ist also der Konkursverwalter verpflichtet, die Sachlage in rechtlicher Beziehung so hinzunehmen, wie er sie vorfindet, so kann kein Zweifel bestehen, daß die den Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber bestehenden Einreden, also in unserem Falle die exc. doli gen., auch dem Konkursverwalter gegenüber rechtswirksam geltendgemacht werden können.

Haben Mantelkäufer und -verkäufer im Vertrage vereinbart, daß die Verkäufer die Schulden des alten Unternehmens bezahlen und dafür gewissermaßen als Gegenleistung für die noch ausstehenden Einlagen nicht in Anspruch genommen werden sollen, haben daraufhin die Mantelverkäufer entsprechend dieser Abmachung Gläubiger der Gesellschaft befriedigt und werden sie dennoch von der Gesellschaft nach Abschluß des Kaufvertrages zur Einzahlung der rückständigen Einlagen herangezogen, so ist zu prüfen, welche Rechtsbehelfe den Mantelverkäufern gegen die Gesellschaft und gegen die Käufer zustehen.

Können sie gegenüber dem aus § 220 HGB, § 22, 24 GmbHG erhobenen Anspruch der Gesellschaft aufrechnen?

Die Aufrechnung durch die Mantelverkäufer setzt das Bestehen einer fälligen, voll gültigen, gleichartigen Forderung der Mantelver-

[121]) Das ergibt sich aus dem Rechtscharakter der Inkassozession. Der Indossatar macht den Wechsel zwar im eigenen Namen geltend, aber im Auftrage und für Rechnung des Indossanten. Vgl. Staub WO 29 S. 112 u. RG i. Recht 07 S. 1080 Nr. 298 u. a.

[122]) vgl. Jaeger Komm. z. KO I 31 § 6 Anm. 39 S. 155.

[123]) ders. S. 154.

[124]) vgl. RG I v. 24. 4. 95, Bd. 35 S. 31; II v. 7. 2. 13, Bd. 81 S. 292; III v. 10. 7. 03, Bd. 55 S. 266 und die bei Jaeger S. 120 Anm. 2a Angeführten.

[125]) vgl. Jaeger a. a. O. S. 154.

käufer gegen die Gesellschaft voraus[126]). Unterstellt man auch das Vorliegen dieser Erfordernisse, so ist dennoch eine Aufrechnung nicht statthaft. Nach § 19 Abs. 2 GmbHG können die Mantelverkäufer gegenüber der Einforderung des Stammkapitals nicht aufrechnen. Diese Vorschrift, die zunächst nur das Verhältnis von Gesellschaft und Gesellschaftern im Auge hat, ist unbedenklich auch bei der Leistungspflicht der Vormänner, die wenigstens zum Teil die Stammeinlagen betrifft, anzuwenden; denn in diesem wie im ersten Falle ist der gesetzgeberische Zweck der Bestimmungen, die Gläubiger durch das tatsächliche Aufbringen des Betriebskapitals zu sichern, der gleiche[127]). Die Rechtsprechung hat jedoch den Grundsatz durchbrochen und die Aufrechnung dann für zulässig erklärt, wenn die Gesellschafter mit Zustimmung des Geschäftsführers den Betrag ihrer Einlagen unmittelbar zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft verwandt haben. In solchen Fällen sei der gesetzlichen Vorschrift genügt, aber nur dann, wenn ein zweckloses Hin- und Herschieben des Geldes vermieden werde[128]). Die Aufrechnung ist jedoch nur möglich, wenn die Gesellschaft in dem Zeitpunkt, in dem die Aufrechnung erklärt wird, über das zur Zahlung ihrer Schulden erforderliche Geld verfügt, also in vollem Umfange zahlungsfähig ist[129]). Da das bei dem leeren Mantel gerade nicht der Fall ist, so bleibt es dabei, daß die Mantelverkäufer nicht aufrechnen können.

Greift aber nicht die Aufrechnung durch, so ist weiter zu prüfen, ob die von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Mantelverkäufer sich im Wege der selbständigen Klage schadlos halten können.

Nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas erlangt, zur Herausgabe verpflichtet, wenn der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Die Gesellschaft ist insofern auf Kosten der Mantelverkäufer bereichert, als diese Schulden der Gesellschaft bezahlt haben und die Gesellschaft dadurch von ihren Verpflichtungen befreit worden ist. Fest steht auch, daß der nach dem Inhalt des Kaufvertrages mit der Schuldentilgung bezweckte Erfolg, die Nichtinanspruchnahme der Mantelverkäufer seitens der Gesellschaft, nicht eingetreten ist. Trotzdem könnte der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB daran scheitern, daß nicht nur die Zusage der Nichtinanspruchnahme seitens der Mantelkäufer gegen § 134 BGB verstößt, sondern auch die Verpflichtung der Mantelverkäufer zur Schuldendeckung der Rechtsgültigkeit ermangelt, da anzunehmen ist, daß die eine Leistung nicht ohne die andere gewollt ist, § 139 BGB. Mit der Nichtigkeit dieses Vertragsbestandteils würden die Voraussetzungen für die Anwendung der condictio causa data, causa non secuta entfallen. Die Rückforderung des Geleisteten ist in diesem Falle nach § 815 BGB aber nur ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang an unmöglich war, und der Leistende, die Mantelverkäufer, dies gewußt haben. Darauf kommt es bei der Entscheidung an. Dafür, daß die Mantelverkäufer von dem zwingenden Charakter der Haftungsbestimmungen Kenntnis gehabt haben, sprechen die Seite 35 angeführten Erwägungen. Denkbar ist jedoch der entgegengesetzte Fall, in dem ihnen die Klage aus § 812 Abs. 1

---

[126]) Enneccerus I, 2 § 293.

[127]) So auch RG II. Urt. v. 26. 3. 20, Bd. 98 S. 276.

[128]) RG I v. 9. 4. 04 i. Holdh.MSchr. 13 S. 255; RG II v. 10. 7. 14 das. 23 S. 252; RG II v. 20. 10. 14 i. Bd. 85 S. 351, insbes. 354; Brodmann GmbHG § 19 Anm. 3a S. 91; Liebmann-Saenger § 19 Anm. 6 S. 135.

[129]) vgl. Brodmann, Liebmann-Saenger a. a. O.; RG 94 S. 63.

Satz 2 BGB zuzugestehen ist. Dahingegen ist m. E. der Anspruch der Mantelverkäufer gegen die Gesellschaft aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB stets begründet. Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Durch die Tilgung der Verbindlichkeiten seitens der Mantelverkäufer hat die Gesellschaft die Befreiung von ihren Schulden erlangt, auf Kosten der Mantelverkäufer deshalb, weil die zur Befriedigung der Gläubiger aufgewandten Mittel aus dem Vermögen der Verkäufer stammten. Die Leistungen an die Gläubiger sind ohne rechtlichen Grund vorgenommen; denn die Mantelverkäufer sind der GmbH gegenüber zur Leistung an die Gläubiger nicht verpflichtet gewesen. Aus dem Mantelkaufvertrage kann eine solche Verpflichtung, abgesehen davon, daß er infolge seiner schuldrechtlichen Wirkung nur die Beziehungen zwischen Mantelkäufer und -verkäufer berührt, nicht hergeleitet werden, weil der Vertrag zumindest insoweit, als er die Abrede der gegenseitigen Nichtinanspruchnahme enthält, nichtig ist. Der Unmittelbarkeit der Bereicherung steht das Auseinanderfallen von Leistung und Zuwendung nicht entgegen. Die Mantelverkäufer wollen nicht den Gläubigern der Gesellschaft etwas zukommen lassen, sondern die Leistung erfolgt für Rechnung der Gesellschaft, wobei die Gläubiger gewissermaßen nur die Zahlstelle sind [130]).

Neben den Ansprüchen der Mantelverkäufer gegen die Gesellschaft aus § 812 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB kommt ein solcher aus § 683 BGB in Betracht. Die Geschäftsführung ohne Auftrag setzt die Besorgung eines Geschäfts oder einer Mehrheit von solchen für einen anderen voraus. Im vorliegenden Falle ist das von den Mantelverkäufern vorgenommene Geschäft, die Zahlung fremder Schulden, schon seiner Natur nach ein fremdes. Der Umstand, daß die Mantelverkäufer zur Tilgung der Schulden der Gesellschaft gegebenenfalls auf Grund des Kaufvertrages verpflichtet gewesen sind, hindert nicht, daß sie durch die Bezahlung der Außenstände der Gesellschaft dieser gegenüber als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig geworden sind [131]). Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so können sie gemäß §§ 683, 670 BGB Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen. Im Interesse der Gesellschaft liegen die Zahlungen der Mantelverkäufer insofern, als sich dadurch die Verpflichtungen der Gesellschaft vermindert haben. Im Regelfalle dürfte die Geschäftsführung auch dem wirklichen Willen der Gesellschaft entsprechen, die als ordentlicher Kaufmann bestrebt sein muß, ihre Gläubiger zu befriedigen. Falls der wirkliche Wille jedoch nicht zu ermitteln ist, genügt zur Anwendung des § 683, 670 BGB, daß die Geschäftsführung dem mutmaßlichen Willen der Gesellschaft entspricht. Nach vorherrschender Ansicht versteht man unter dem mutmaßlichen Willen den, wie er bei objektiver Betrachtung der gesamten Umstände als Regel anzunehmen ist [132]). Nach dieser Begriffsbestimmung wird man ohne weiteres anzunehmen haben, daß die Begleichung der Schulden der Gesellschaft durch die Mantelverkäufer dem mutmaßlichen Willen der Gesellschaft gleichkommt. Die Gesellschaft ist mithin diesen gegenüber zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet. § 685, der dem Geschäftsführer den Anspruch auf Aufwendungen versagt, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen, steht

[130]) vgl. RGRäte Komm. z. BGB II 28 § 812 Anm. 4, 2 S. 501.
[131]) Enneccerus I, 2 28 § 385 II, 3 S. 501.
[132]) Enneccerus a. a. O. S. 504.

dem nicht entgegen. Er gibt nur eine Regelung für den Fall, daß der Geschäftsführer sich schon eine bestimmte Absicht zu eigen gemacht hat. Davon kann nicht die Rede sein. Aus der Vereinbarung der gegenseitigen Nichtinanspruchnahme im Kaufvertrage ergibt sich, daß die Mantelverkäufer mit der Möglichkeit einer Klage aus § 683 BGB gar nicht gerechnet haben. — Die Schlüssigkeit dieses Anspruchs wird nicht dadurch in Zweifel gezogen, daß die Aufrechnung den Mantelverkäufern, die zu demselben Ziel geführt hätte, versagt bleibt. Die Aufrechnung bezweckt nichts anderes, als die tatsächliche Einzahlung des zugesagten Kapitals zu sichern. Sie will verhindern, daß das Stammkapital nur auf dem Papier steht. Selbständige Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft schließt sie m. E. deswegen nicht aus.

Stehen den Mantelverkäufern, welche in Verfolg des Vertrages Schulden des alten Unternehmens bezahlt haben und obendrein von der Gesellschaft auf Zahlung der Einlage in Anspruch genommen worden sind, Ansprüche gegen die Mantelkäufer zu? Vertragliche und außervertragliche Ansprüche sind einer Prüfung zu unterziehen.

Eine Verletzung des Kaufvertrages liegt insofern vor, als die Mantelkäufer die übernommene Verpflichtung, den Haftungsausschluß der Mantelverkäufer, nicht haben einhalten können. Die Erfüllungspflicht ist ihnen von Anfang an unmöglich gewesen; denn durch eine vertragliche Vereinbarung ist die zwingende Rechtsvorschrift des § 22, 24 GmbHG nicht abänderlich. Es handelt sich um eine objektive ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung, die gemäß § 309 BGB nichtig ist und unter den Voraussetzungen des § 307 Abs. 1 und 3 BGB den Teil, der die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, schadensersatzpflichtig macht. Rechtlich wirksam wäre m. E. dagegen eine Garantiezusage der Mantelkäufer dafür zu sorgen, daß die Mantelverkäufer nicht in Anspruch genommen werden oder sie mindestens in diesem Falle schadlos zu halten; denn, da die Mantelverkäufer für die Einzahlungen auf die Anteile erst in zweiter Linie haften (vgl. S. 28 f.), besagt diese Vereinbarung nichts anderes, als daß die Mantelkäufer als Gesellschafter dafür einstehen wollen, daß die rückständigen Einlagen zunächst von den in erster Linie dafür Haftenden eingezogen, d. h. daß sie selbst die Einlagen decken werden. Eine etwaige Nichterfüllung dieser Vertragsbestimmung beruht nicht auf ursprünglicher Unmöglichkeit, sondern müßte auf nachfolgendes subjektives Unvermögen zurückgeführt werden. Dasselbe gilt, wenn das Versprechen der Schadloshaltung bei Inanspruchnahme der Mantelverkäufer nicht eingehalten wird.

Ob im Falle des § 307 Abs. 1 und 3 BGB die Mantelkäufer die zwingende Rechtsnatur der §§ 22 bis 24 GmbHG gekannt haben oder nicht, wird nur nach der Lage des einzelnen Falles beurteilt werden können. Die getroffene Vereinbarung und die Tatsache, daß der Vertrag über die Veräußerung der Anteile vor Gericht oder Notar abgeschlossen werden muß, § 15 Abs. 3 GmbHG, sprechen dafür, daß die Käufer Kenntnis davon gehabt haben. War sie ihnen tatsächlich nicht bekannt, so hätten sie die entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften doch kennen müssen; denn wer ein nicht gerade alltägliches Geschäft wie den Mantelkauf vornimmt, von dem wird man verlangen können, daß er sich mit den gesetzlichen Vorschriften vertraut macht oder daß er sich über alle dabei auftretenden Rechtsfragen von einem Notar beraten läßt. Beide an ihn gerichtete Anforderungen stellen nichts Außergewöhnliches dar. Dadurch, daß die Mantelkäufer das nicht getan haben, haben sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet, § 276 Abs. 1 BGB. Die

Pflicht zum Ersatz des Aufklärungsinteresses wäre also zunächst begründet. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß. Wäre den Mantelverkäufern die Nichtigkeit ihrer Vereinbarung bekannt gewesen, so — kann man annehmen — wären sie sie erst nicht eingegangen. Sie hätten dann wissen müssen, daß die Gegenleistung, die Nichtinanspruchnahme durch die Gesellschaft nicht eingehalten werden kann. Nimmt man andererseits bei den Mantelkäufern ein „Kennenmüssen" der Bestimmung des § 25 GmbHG an, so ist kein Grund ersichtlich, warum man die Mantelverkäufer von der Pflicht, mit den gesetzlichen Bestimmungen vertraut zu sein, befreien sollte. Sie hätten also m. a. W. die Unmöglichkeit und damit die Nichtigkeit ihres Abkommens kennen müssen. Mit dieser Feststellung entfällt aber auch eine Ersatzpflicht der Mantelkäufer gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB.

Hat der zugezogene Notar dagegen den Mantelverkäufern eine unrichtige Auskunft dahingehend gegeben, sie könnten für die Schulden des neuen Unternehmens nicht in Anspruch genommen werden, so ändert sich das Ergebnis. Bei diesem Sachverhalt wird man sich auf den Standpunkt stellen müsen, daß die Mantelverkäufer ihrerseits die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewandt haben, indem sie den Notar befragten. Wenn ihnen eine falsche Beratung zuteil wurde, so ist das nicht ihr Verschulden. Sie haften für den Notar auch nicht, weil er nicht ihr Erfüllungsgehilfe ist. Im vorliegenden Falle würde eine Klage aus § 307 Abs. 1 und 2 BGB also durchgreifen. Wird die Klage abgewiesen, weil auch die Käufer aus ähnlichen Gründen ein Verschulden nicht trifft, so könnten die Mantelverkäufer gegen den Notar Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des mit ihm abgeschlossenen Werkvertrages geltendmachen.

Versagt der vertragliche Anspruch der Mantelverkäufer gegen die Käufer, so wäre noch die Bereicherungsklage gegen die Käufer denkbar. Die Leistung der Mantelverkäufer an die Gläubiger der Gesellschaft steht auch in diesem Falle fest. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ist jedoch deswegen nicht anwendbar, weil von einer unmittelbaren Bereicherung der Käufer nicht die Rede sein kann; da nicht sie, sondern in erster Linie die Gesellschaft von den Zahlungen der Verkäufer an ihre Gläubiger den Nutzen trägt.

Handelt es sich dagegen um eine Organgesellschaft, so ist der Bereicherungsklage stattzugeben. Die Organgesellschaft unterscheidet sich zwar nach außen hin nicht von der gewöhnlichen GmbH. Da sie aber im Innenverhältnis Angestellte des herrschenden Verbandes ist, wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, daß vorliegendenfalls der Verband, also der oder die Gesellschafter, unmittelbar bereichert sind. Für diese Auffassung sprechen die Ausführungen auf Seite 26 und 29 f. Daß die Leistung ohne rechtlichen Grund und auf Kosten der Mantelverkäufer erfolgt ist, ist bereits Seite 33 f. dargelegt.

Haben die Mantelverkäufer die Bestimmung des § 25 GmbHG gekannt und trotzdem auf der Aufnahme der Vereinbarung der gegenseitigen Nichtinanspruchnahme in den Kaufvertrag bestanden, so liegt der Tatbestand des § 826 BGB vor, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft wegen des Anspruchs der Verkäufer aus §§ 812, 683 BGB fruchtlos ausgefallen ist. In diesem Falle haben der oder die Käufer den Verkäufern vorsätzlich insofern einen Schaden zugefügt, als die Verkäufer zu einer Ausgabe bestimmt worden sind, die auf einer nichtigen Verabredung beruhte. Der Verstoß gegen die guten

Sitten liegt in der Täuschung der Mantelverkäufer über die rechtliche Gültigkeit ihrer Vereinbarung, die sie veranlaßt hat, mehr zu leisten, als wozu sie verpflichtet waren und wofür sie keinen Gegenanspruch haben. Da § 826 BGB weder durch ein Verschulden der Mantelverkäufer ausgeschlossen wird [133]), noch eine Bereicherung voraussetzt, liegen seine Erfordernisse bei dem angenommenen Sachverhalt vor.

Hiermit sind die Rechtsbehelfe der Mantelverkäufer für den Fall, daß sie in Verfolg des Vertrages Schulden des alten Unternehmens bezahlt haben, erschöpft.

Vom Standpunkt des Steuerrechts aus wird die Frage laut, ob der Mantelkauf der Besteuerung unterliegt.

Wird eine AG oder GmbH gemäß den Vorschriften des HGB oder des GmbHG errichtet, so erhebt nach § 6a des Kapitalverkehrssteuergesetzes vom 22. 5. 31 [134]) die Reichsfinanzverwaltung eine Steuer. Zahlungen und Leistungen, die zum Erwerbe von Gesellschaftsrechten einer inländischen Gesellschaft durch den ersten Erwerber erforderlich sind, unterliegen der Steuer. Hinsichtlich des Mantelkaufs fehlen in den Steuergesetzen ausdrückliche Vorschriften, aus denen eine Steuerpflicht herzuleiten wäre. Die Praxis hat zunächst eine Steuerpflicht verneint.

Der Reichsfinanzhof (RFH) hat im Jahre 1919 in einem ihm zur Entscheidung vorliegenden Falle ausgesprochen, daß der Mantelkauf nicht steuerpflichtig sei. Es handelt sich um den sogenannten Mitropafall [135]), dessen Sachverhalt kurz folgender ist. Im Jahre 1905 war unter der Firma „Kalkwerke Neubleicherode" eine AG mit dem Sitze in Essen errichtet worden. Gegenstand des Unternehmens war Bergbaubetrieb, Verarbeitung der gewonnenen oder sonst erworbenen Erzeugnisse in eigenen oder fremden Fabriken u. ä. Im Mai 1916 wurde der Gegenstand des Unternehmens auf den Erwerb und die Verwertung von Eisenbahnmaterial jeder Art und auf alle damit zusammenhängenden Geschäfte ausgedehnt. Im Oktober 1916 wurde die Firma geändert in: „Mitropa, AG für Erwerb und Verwertung von Eisenbahnmaterial", zugleich wurde der Gegenstand des Unternehmens beschränkt auf den in der Generalversammlung vom Mai 1916 beschlossenen Zweck. Nachdem im November 1916 der Sitz der Gesellschaft nach Berlin verlegt worden war, wurde die Firma geändert in: „Mitropa, Mitteleuropäische Schlafwagen- und Speisewagen-AG" und als Gegenstand des Unternehmens bestimmt: der Erwerb und der Betrieb von Schlafwagen, Speisewagen, Luxuswagen und Luxuszügen, sowie der Betrieb aller Geschäfte und Unternehmungen und die Beteiligung an Unternehmungen, die nach dem Ermessen des Aufsichtsrats dem Zwecke der Gesellschaft dienen. Am 24. November 1916 befanden sich sämtliche Anteile in einer Hand.

Der zweite Senat des RFH hat die Pflicht zur Besteuerung dieser Vorgänge verneint [136]). Die AG sei weder durch die Vereinigung des Aktienkapitals in einer Hand, noch durch die aufgezählten Beschlüsse, die durchweg Satzungsänderungen, hinsichtlich der Firma und des Gegenstandes des Unternehmens der AG enthalten, in ihrem Bestande berührt worden. Satzungsänderungen seien in Tarifnummer 1 Aa des Rstempelges. v. 3. 6. 13 als stempelpflichtig nur bezeichnet, wenn sie die Erhöhung des Grundkapitals betreffen. Im übrigen seien sie auch dann stempelfrei, wenn mit ihnen die gleiche Wirkung erreicht wird, als

[133]) Enneccerus a. a. O. S. 679.
[134]) RGBL I S. 241.
[135]) RFH Urt. v. 16. 7. 19, Bd. I S. 126.
[136]) a. a. O. S. 127.

wenn eine AG errichtet würde. Das Gesetz enthalte keine Vorschriften dahin, daß Umgehungsgeschäfte so besteuert werden sollen, wie das Geschäft, dessen Versteuerung die Beteiligten ersparen wollten. Das maßgebende Reichsstempelgesetz vom 3. 6. 13 besteuere die Urkunde über die Errichtung der AG. Die Errichtung einer AG könne der Tarifnummer 1 Aa nur unterworfen werden, wenn die dafür im HGB §§ 182, 188, 196 vorgeschriebenen Förmlichkeiten gewahrt seien und dann noch eine rechtswirksame Beurkundung vorliege. Das sei in vorliegendem Falle nicht geschehen.

Nachdem der Mitropafall Anlaß zur Entstehung des § 5 RAO gegeben hat[137]), hat der RFH seine Stellungnahme grundlegend geändert und in einem Falle, in dem eine OHG den einzigen Geschäftsanteil einer bis dahin die Fabrikation von Marzipan- und Zuckerwaren betreibenden GmbH erworben hatte, die Firma und den Gegenstand des Unternehmens änderte und unter der gleichen Rechtsform einen Verlag von Jugendzeitschriften begründen wollte, die Steuerpflicht des Mantelkaufs bejaht[138]).

In den Gründen hat der RFH ausgeführt[139]), daß für das Ziel, das die OHG erreichen wollte, nämlich die Verlegung der Zeitschrift in der Form der GmbH, der vom bürgerlichen Recht gewiesene Weg der der Errichtung einer GmbH gewesen sei. Der Erwerb des einzigen Geschäftsanteils einer bestehenden GmbH, deren Gegenstand mit dem Verlagsgeschäfte nicht das Geringste zu tun habe, sei ein den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen nicht entsprechendes Rechtsgeschäft. Wenn es auch bürgerlichrechtlich zulässig sei, den Gegenstand des Unternehmens einer GmbH beliebig zu ändern, ohne daß dadurch die Gesellschaft eine andere wird, so sei steuerrechtlich die Sache so anzusehen, wie wenn eine ganz neue GmbH errichtet worden wäre; denn es sei nach Lage der Verhältnisse und nach der Art des Verfahrens für die OHG derselbe Erfolg erzielt worden, wie wenn sie eine neue GmbH gegründet hätte[140]). Der Umstand, daß sie dann zunächst einen zweiten Gesellschafter hätte mit hineinnehmen müssen, wäre zwar ein Nachteil gewesen; dieser hätte aber nur geringe Bedeutung gehabt, weil mit dem zweiten Gesellschafter von vornherein hätte verabredet werden können, daß er seinen Anteil alsbald nach der Errichtung der Gesellschaft an die OHG abtrete. Auch der Umstand, daß die OHG für die früheren Schulden der Gesellschaft hafte, falle nicht wesentlich ins Gewicht, weil dies bei Bemessung des für die Abtretung des Geschäftsanteils vereinbarten Preises schon berücksichtigt sei.

Nach der Ansicht des RFH ist der Mantelkauf demnach gemäß § 5 RAO in Verbindung mit § 6a Kapverkstges. ebenso zu versteuern, als wenn eine neue Gesellschaft errichtet worden wäre[141]) [142]).

Enno Becker[143]) hält den Mantelkauf gemäß § 5 RAO nicht für steuerpflichtig. Seiner Auffassung nach liegen die Voraussetzungen des

---

[137]) Friedländer, Konzernr. S. 402.
[138]) RFH II v. 23. 7. 26, Bd. 19 S. 230.
[139]) a. a. O. S. 231.
[140]) a. a. O. S. 232.
[141]) ebenso Wrzeszinski z. Urt. v. 23. 7. 26 i. Jur.Woch. 27 S. 1440.
[142]) vgl. Urt. des RFH v. 27. 11. 28 i. STuW 29, 2 Sp. 384 Nr. 197. Da in diesem Falle nicht alle Aktien verkauft worden sind, handelt es sich jedoch nicht um einen Mantelkauf in unserem Sinne.
[143]) Umgehung der Gesellschaftssteuer durch Erwerb der Rechtsform . . . . StuW 26 Sp. 1527 f., 1532.

§ 5 insofern nicht vor, als mit dem Mantelkauf nicht der wirtschaftliche Erfolg erzielt worden sei, der erzielt wäre, wenn die Mantelkäufer die den Verhältnissen entsprechende Rechtsform gewählt hätten. Wenn die Beteiligten eine Bargründung mit einem Stammkapital von 50 000 RM vorgenommen hätten, so hätten sie einmal 50 000 RM aufwenden müssen, andererseits besäße aber die Gesellschaft ein Gesellschaftsvermögen von 50 000 RM. Dieser Erfolg sei mit dem Mantelkauf nicht erzielt, weil die Käufer nichts weiter erworben hätten als die bloße Rechtsform, deren Kosten nicht steuerpflichtig seien. Die Steuerpflicht des Mantelkaufs folge aus § 6b des genannten Ges.[144]).

Gegen beide Ansichten lassen sich Bedenken erheben. Diejenige Beckers ist m. E. schlechthin nicht zu halten, die vom RFH nicht in der ausgesprochenen Allgemeinheit.

Für die Ableitung der Steuerpflicht des Mantelkaufs kommen die Vorschriften der §§ 4, 5[145]) der RAO, sowie § 6a und b des Kapverkstges. in Betracht. An Hand dieser Bestimmungen sollen die angeführten Ansichten auf ihre Begründetheit nachgeprüft werden.

§ 4 RAO von 1919 (= § 9 RAO von 1931) lautet: Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. Auszulegen ist in diesem Falle § 6a des Kapverkstges., nach welchem u. a. Zahlungen und Leistungen, die zum Erwerbe von Gesellschaftsrechten einer inländischen Gesellschaft durch den ersten Erwerber erforderlich sind, der Steuer unterliegen, der also das erstmalige Aufbringen von Kapital zum Zwecke der Gesellschaftsgründung besteuert.

Zweck und wirtschaftliche Bedeutung des § 6a sind zweifellos die Besteuerung von Gesellschaftsneugründungen. Es fragt sich nun, ob die Besteuerung des Mantelkaufs sich entsprechend dieser Vorschrift rechtfertigen läßt. Zwar ist durch den Erwerb der Anteile einer GmbH und der Aktien einer AG allein die Neugründung einer dieser Gesellschaften noch nicht erreicht; denn der Mantel ist lediglich ein Gerippe und der Gesellschaft fehlen noch die Vermögenswerte. Unterstellt man den Vorgang des Kaufs der Anteile für sich der Betrachtung, so müßte man zur Ablehnung des § 6a gelangen. Zu seiner Bejahung vorliegendenfalls kommt man aber dann, wenn man den Endzweck des Mantelkaufs richtig würdigt und die einheitliche Zusammenfassung der verschiedenen Entstehungsabschnitte des neuen Unternehmens für erforderlich erachtet. Denn mit dem Kauf des Mantels allein ist den Käufern nicht gedient. Sie wollen ein neues Unternehmen ins Leben rufen. Zu dessen Lebensfähigkeit gehört vor allem ein Betriebskapital, das bei der gewöhnlichen Gesellschaftsbildung in dem Grund- oder Stammkapital besteht. Wird das eingebracht, so wäre es zunächst nach § 4 RAO in Verb. mit § 6a Kapverkstges. zu versteuern.

§ 5 RAO von 1919 (= § 10 RAO von 1931) setzt in Abs. 1 fest, daß durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemildert werden kann. Ein Mißbrauch im Sinne des Abs. 1 liegt vor, wenn:

1. In Fällen, wo das Gesetz wirtschaftliche Vorgänge, Tatsachen und Verhältnisse in der ihnen entsprechenden rechtlichen Gestaltung einer Steuer unterwirft, zur Umgehung der Steuer ihnen nicht entsprechende ungewöhnliche Rechtsformen gewählt oder Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, und

[144]) a. a. O. S. 1533; ebenso Becher i. ZBH 27 S. 163, 165.
[145]) Der RAO v. 13. 12. 1919 = § 9 und 10 der RAO v. 22. 5. 1931.

2. nach Lage der Verhältnisse und der Art, wie verfahren wird oder verfahren werden soll, wirtschaftlich für die Beteiligten im wesentlichen derselbe Erfolg erzielt wird, der erzielt wäre, wenn eine den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen rechtliche Gestaltung gewählt wäre und ferner
3. etwaige Rechtsnachteile, die der gewählte Weg mit sich bringt, tatsächlich keine oder nur geringe Bedeutung haben [146]).

Die drei aufgezählten Tatbestände müssen nebeneinander vorhanden sein, wenn die Vorschrift angewendet werden soll. Wenn einer von ihnen fehlt, liegt kein Mißbrauch vor.

Ist der Mantelkauf ein Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts im Sinne von § 10 Abs. 2 RAO? Im Einklang mit der Rechtsprechung des RFH ist zunächst festzustellen, daß der Kauf eines Gesellschaftsmantels zwecks Weiterführung oder Begründung eines Unternehmens in der Form einer AG oder GmbH gegenüber dem vom Gesetz gewiesenen Weg der Gesellschaftsgründung einen ungewöhnlichen regelwidrigen Rechtsvorgang darstellt, an dem auch die bürgerlichrechtliche Zulässigkeit nichts zu ändern vermag.

Nach Ziff. 1 Abs. 2 § 10 RAO muß die ungewöhnliche Rechtsform zur Umgehung der Gesellschaftssteuer nach § 6a Kapvérkstges. gewählt worden sein. Für die Feststellung der Steuerumgehung genügt, daß die Beteiligten an dem Gesamtbetrage der von ihnen zu entrichtenden Steuern eine Ersparnis erzielen würden [147]). An dem Erfordernis der Absicht der Steuerumgehung [148]) wird oft die Besteuerung des Mantelkaufs nach § 10 RAO scheitern. Gelingt es den Mantelkäufern darzulegen, daß sie nicht die Absicht hatten, die Besteuerung der Gesellschaft zu umgehen, so ist für § 10 kein Platz mehr. Damit hängt die Besteuerung des Mantelkaufs von der Lage des einzelnen Falles ab. Denkbar ist durchaus, daß bei den Beteiligten eine Steuerumgehungsabsicht nicht bestanden hat. Dieser Fall wird m. E. immer vorliegen, sobald die Mantelkäufer zu einer Erhöhung des im Gesellschaftsvertrage des angekauften Mantels festgelegten aber nicht vorhandenen Gesellschaftskapitals schreiten.

Ist bei den Beteiligten eine Steuerumgehungsabsicht vorhanden, so muß weiterhin nach Lage der Verhältnisse und nach der Art, wie beim Mantelkauf verfahren wird, wirtschaftlich für die Beteiligten im wesentlichen derselbe Erfolg erzielt sein, zu dem man auch auf dem den wirtschaftlichen Vorgängen entsprechenden rechtlichen Wege gekommen wäre. Wenn Becker [149]) behauptet, daß mit dem Erwerber des Mantels allein noch kein lebensfähiges Unternehmen vorhanden sei, so ist das zwar zutreffend. Alle Vorgänge jedoch, die mit dem Ankauf des Mantels gemeinsam zur wirtschaftlichen Entstehung des neuen Unternehmens in Beziehung stehen, insbesondere das nachträgliche Einbringen von Kapital, sind, wie erwähnt und wie schon die oben gegebene Begriffsbestimmung des Mantelkaufs erfordert, einheitlich zusammenzufassen. Unter diesem Gesichtswinkel ist mit dem Kauf des Mantels für die Beteiligten derselbe wirtschaftliche Erfolg erzielt, wie mit einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Neugründung. Folgt man der Auffassung Beckers, daß der Vorgang des Mantelkaufs für sich allein maßgeblich sei, dann wäre freilich nicht derselbe Erfolg

[146]) § 5 Abs. 2 RAO.
[147]) RFH 21 S. 92.
[148]) Strutz Hdb. d. Rsteuerr. 27 S. 85.
[149]) a. a. O.

erzielt wie mit einer regelmäßigen Gesellschaftsgründung. Diese rein formalistische Abstellung kann aber nicht im Sinne des Gesetzes liegen, da § 10 RAO besonders für den Mantelkauf geschaffen worden ist[150]). Rechtsnachteile (§ 10 Abs. 5 Ziff. 3 RAO), die der Mantelkauf etwa mit sich bringt, fallen nicht ins Gewicht. Von diesen könnte überhaupt nur dann die Rede sein, wenn der Mantel entgegen Vereinbarungen der Vertragsparteien mit Schulden behaftet gewesen ist, und die Käufer in Unkenntnis darüber den Kaufvertrag abgeschlossen haben. Mögen die Schulden, die auf dem Mantel lasten, auch beträchtlich sein, in Anbetracht der nachgewiesenen Haftung der Mantelverkäufer wird dieser Nachteil als unerheblich bezeichnet werden dürfen. Die Vorteile des Mantelkaufs überwiegen — wie oben dargelegt — für die Mantelkäufer bei weitem.

Mit dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 RAO ist auch die Besteuerungspflicht des Mantelkaufs gemäß Abs. 3 dieser Vorschrift gegeben. Die Steuer ist zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wäre[151]). Danach ist also nicht das Kapital zu versteuern, das im Gesellschaftsvertrage des Mantels bezeichnet und das bereits durch die Mantelverkäufer oder deren Rechtsvorgänger versteuert worden ist, sondern die Beträge, mit denen das neue Unternehmen von den Erwerbern ausgestattet wird. Haben die Mantelkäufer einen Mantel mit einem zahlenmäßig 50 000 RM betragenden Gesellschaftskapital erworben und führen sie dem neuen unter der Gesellschaftsfirma betriebenen Unternehmen 100 000 RM zu, so sind eben nicht 50 000 RM, sondern die 100 000 RM zu versteuern.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß sowohl aus § 9 RAO als auch eingeschränkt nach § 10 RAO, nämlich wenn eine Steuerumgehungsabsicht nicht obwaltet, der Mantelkauf steuerpflichtig ist. In welchem Verhältnis stehen beide Vorschriften im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der RAO? Nach der Ansicht Beckers[152]), der, soweit ich sehe, nicht widersprochen worden ist, stellt § 10 nur einen Anwendungsfall des § 9 dar. Die Ansicht findet im Wortlaut beider Bestimmungen ihre Begründung. § 10 verhält sich demnach zu § 9 wie die lex specialis zu der lex generalis. § 10 geht daher § 9 nach allgemeinen Grundsätzen voran; nach letzter Bestimmung allein in Verb. mit § 6a des Kapverkstges. ist mithin die Pflicht zur Besteuerung des Mantelskaufs gegeben.

Kann der Mantelkauf nach § 10 RAO wegen Fehlens der Steuerumgehungsabsicht nicht versteuert werden, so ist der Vorgang, insbesondere die Ausfüllung des leeren Mantels mit einem neuen Grund- oder Stammkapital noch nicht steuerfrei. Die Steuerpflicht ist in diesem Falle aus § 6b des Kapverkstges. zu folgern; denn § 6b besteuert u. a. freiwillige Zahlungen und Leistungen an eine inländische (bestehende) Gesellschaft, die nicht als Schenkungen im Sinne des Erbschaftssteuergesetzes anzusehen sind, falls u. a. die Zahlungen oder Leistungen geeignet sind, den Wert der Gesellschaftsrechte zu erhöhen. Daß es sich hier um eine solche steuerpflichtige Zahlung handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung (vgl. § 3 Abs. 1 Ziff. 1 bis 9 des Erbschstges.[153])) und

[150]) vgl. Friedländer a. a. O.
[151]) § 5 Abs. 3 Satz 2 RAO.
[152]) Vorsicht bei der Anwendung des § 5 RAO i. StuW 25 Sp. 681; ders. RAO Komm. 28 S. 70.
[153]) v. 22. 8. 25 RGBl I S. 320.

es leuchtet ein, daß auch kein Unterschied gemacht werden kann, ob die Kapitalien einem gesunden Unternehmen in der Form einer Kapitalerhöhung zugeführt werden oder ob sie, wie in unserem Falle, dazu dienen, den Mantel auszufüllen und damit der Gesellschaft zu neuer Blüte zu verhelfen.

Der Mantelkauf bietet mithin in steuerrechtlicher Hinsicht heute keinerlei Vorteile mehr. Die Gründung einer Gesellschaft mit Hilfe eines Mantelkaufs unterliegt ebenso der Steuerpflicht, wie diejenige, die den gesetzlichen Bestimmungen des HGB und GmbHG entsprechend vor sich geht.

Mit der steuerrechtlichen Behandlung dürfen die Erörterungen über den Mantelkauf abgeschlossen werden. Zusammenfassend ist als Endergebnis festzuhalten, daß der Ankauf eines Gesellschaftsmantels heute infolge der angeführten gesetzlichen Beschränkungen den Erwerbern keinerlei Rechte oder Möglichkeiten verschafft, die sie nicht auch durch eine auf Grund der Vorschriften des HGB oder GmbHG erfolgte Gesellschaftsgründung erreichen könnten. Die Kosten- und Zeitersparnis, die der Fortfall der Gründungsförmlichkeiten mit sich bringt — Umstände, denen im Wirtschaftsleben hohe Bedeutung beigemessen werden — stellen keine ungesetzlichen Vorteile dar.

In neuester Zeit ist Crisolli der Auffassung des KG von der Unzulässigkeit des Mantelkaufs aus dem Grundgedanken heraus beigetreten, daß mit der kapitalistisch liberalistischen Rechtsauffassung, deren Produkte Scheingründung und Mantelkauf seien, gebrochen werden müßte zugunsten einer neuen Rechtsentwicklung, die die Lauterkeit, Offenheit und Reinheit der Rechtsbeziehungen erfordere[154]). Die Ausführungen Crisollis lassen erkennen, daß er ebenso wie das KG davon ausgeht, daß alle Mantelkäufe notgedrungen unlauteren Zwecken dienen. Wie das OLG Dresden ausgeführt hat und wie in der Arbeit zum Ausdruck gekommen ist, ist das unrichtig. Die vom KG gegebene Begründung, an die sich Crisolli ohne Würdigung der Gegenansichten anlehnt, ist eingehend erörtert und abgelehnt worden. Infolgedessen kann der Mantelkauf grundsätzlich auch nicht als Schiebung oder unerfreuliche Wirtschaftserscheinung gewertet werden, die mit den neueren Rechtsansichten unvereinbar sei. Bleibt es aber bei der Zulässigkeit des Mantelkaufs, so ist schließlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die ausdrückliche gesetzliche Regelung des Mantelkaufs empfehlenswert ist. Erforderlich ist eine solche bei dem derzeitigen Rechtszustand, der Auswüchse nicht zuläßt, nicht. Sie erscheint mir auch nicht zweckmäßig; denn der Mantelkauf ist immerhin eine Einzelerscheinung des Aktien- und GmbHrechts, die, wenn jede andere Einzelfrage ebenfalls ihre Regelung im Gesetze erfahren sollte, zu einer Belastung und damit zur Unübersichtlichkeit des Gesetzes führen müßte[155]). Von einem Vorschlag zur gesetzlichen Regelung soll daher abgesehen werden. Das rechtliche Schicksal des Mantelkaufs würde damit der Rechtsprechung überlassen bleiben, die sich darüber zu entscheiden haben wird, ob sie bei der Ansicht des KG beharren oder den vom OLG Dresden gewiesenen Weg weiter gehen soll.

---

[154]) Crisolli Jur.Woch. 1934 S. 936.
[155]) vgl. Bing i. DJZ 1929 S. 1022.

Lebenslauf.

Am 7. August 1908 wurde ich in Bojanowo, Kreis Rawitsch, geboren. Mein Vater heißt Heinrich Bernhard Bulang, meine Mutter Luzia geb. Lukowicz. In Posen besuchte ich die Mittelschule III, die Sexta des Kgl. Mariengymnasiums und die Quinta des jetzigen Deutschen Gymnasiums. Nach der Übersiedlung meiner Eltern nach Hoyerswerda im Jahre 1920 trat ich in das Reform-Realgymnasium daselbst ein. Ostern 1927 legte ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung ab. Im folgenden Sommersemester hörte ich an der Universität Breslau Geschichte, Kunstgeschichte, Geologie und Englisch und studierte vom Wintersemester 1927/28 bis zum Wintersemester 1930/31 an der Universität Marburg — mit Ausnahme des Sommersemesters 1929, das ich an der Universität Berlin verbrachte, — Rechtswissenschaft. Am 21. Oktober 1931 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seither befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst. Die Doktorprüfung habe ich am 3. Juli 1934 abgeschlossen.

Johannes Bulang.